Beiträge

zur Erläuterung und Beurtheilung

des Entwurfes

eines

Bürgerlichen Gesetzbuches

für das Deutsche Reich.

Unter Mitwirkung

von

Dr. **F. Bernhöft**, Professor in Rostock, Dr. **K. Cosack**, Professor in Berlin, Dr. **E. Eck**, Geh. Justizrath und Professor in Berlin, Dr. **O. F. Gierke**, Geh. Justizrath und Professor in Berlin, Dr. **R. Koch**, Vicepräsident des Reichsbankdirectoriums, Dr. **J. Krech**, Kaiserl. Geh. Regierungsrath in Berlin, Dr. **F. E. von Liszt**, Professor in Marburg, **E. Meischeider**, Reichsgerichtsrath, Dr. **J. Petersen**, Reichsgerichtsrath, Dr. **R. Schröder**, Geh. Hofrath und Professor in Heidelberg, Dr. **L. Seuffert**, Professor in Würzburg, **F. Vierhaus**, Oberlandesgerichtsrath in Cassel, Dr. **E. Zitelmann**, Professor in Bonn

herausgegeben

von

E. J. Bekker, Geheimrath und Professor in Heidelberg, und **O. Fischer**, Professor in Greifswald.

Drittes Heft:

E. Meischeider, Die alten Streitfragen.

Berlin und Leipzig.

Verlag von J. Guttentag

(D. Collin).

1889.

Die alten Streitfragen

gegenüber dem Entwurfe

eines

Bürgerlichen Gesetzbuches

für das Deutsche Reich.

Von

Emil Meischeider,

Reichsgerichtsrath.

Berlin und Leipzig.

Verlag von J. Guttentag

(D. Collin).

1889.

Vorwort.

Einige der Streitfragen, mit denen es die vorliegende Schrift zu thun hat, sind so alt, wie das in Deutschland geltende bürgerliche Recht selbst. Sie sind mit dem römischen Rechte, wie es in Deutschland seit den Glossatoren in Geltung gekommen ist, aufgenommen worden und harren noch der Lösung. Andere sind in späterer Zeit entstanden, manche erst in neuerer und neuester Zeit aufgeworfen worden. Die Rechtswissenschaft hat sich mit der Lösung der Fragen viel beschäftigt. Einige der Fragen haben, weil eine befriedigende Lösung gefunden zu sein schien, kürzere und längere Zeit geruht. Der Streit über sie aber ist nach der Ruhe um so lebhafter entbrannt, je länger sie die Geister nicht beschäftigt haben. Einzelne sind durch die auf deutschem Boden geltenden Gesetzeswerke innerhalb des Geltungsbereichs der letzteren beigelegt, einzelne, erst in neuerer Zeit entstandene durch die Normen dieser Gesetzbücher gehindert worden, innerhalb des Geltungsbereiches derselben zur Entstehung zu gelangen.

Die meisten der Streitfragen bedürfen dringend der Lösung. Die Rechtswissenschaft hat die Lösung mit dem Erfolge allgemeiner Anerkennung nicht finden können. Der eine Versuch der Lösung wird stets von einem anderen in Frage gestellt. Eine Lösung aber müßte bei dem weitaus größten Theile der Fragen gefunden sein, wenn sie sich auf dem Boden des gegebenen Rechtes finden ließe. Es bleibt also, insoweit die Fragen durch die Wissenschaft und durch die bisherige Rechtsprechung zum Spruche vorbereitet sind, nur übrig,

daß die Gesetzgebung die Lösung übernimmt, wenn die Fragen überhaupt gelöst und der Wissenschaft nicht auch in Zukunft zum geistigen Kampfspiele überlassen werden sollen.

Der Entwurf hat einen großen Theil der Fragen entschieden. Der Verfasser dieser Schrift hat sich eines Angriffs gegen die vom Entwurfe getroffenen Entscheidungen in allen den Fällen enthalten, in denen die Frage zum Spruch vorbereitet erscheint und der Entwurf die eine oder die andere der aufgestellten Lösungen angenommen hat. Es kommt hier wesentlich darauf an, eine dieser Lösungen mit der Kraft des Gesetzes zu versehen und dadurch den Streit aus der Welt zu schaffen. In solchen Fällen hat in der Schrift nur eine Prüfung der Ausprägung des angenommenen Satzes und eine Erörterung der von dem letzteren abhängigen Normen stattgefunden. Der Entwurf will aber einige der alten Streitfragen in der Art lösen, daß die angenommenen Sätze sich nicht als das Ergebniß einer Auswahl unter den verschiedenen, von der Wissenschaft eingenommenen Gesichtspunkten, sondern als ein außerhalb des heutigen Standes der Wissenschaft und der Rechtsprechung gewonnenes Erzeugniß darstellen. In diesen Fällen ist in der Schrift eine Prüfung der aufgestellten Sätze auch darauf vorgenommen worden, ob die Sätze mit der bisherigen Rechtsentwickelung in Uebereinstimmung zu bringen und als zweckmäßiger Ausbau der von den Sätzen betroffenen Rechtseinrichtungen anzusehen sind.

Von selbst versteht sich, daß in der Schrift bei ihrem, dem Plane der „Beiträge“ anzupassen gewesenen Umfange nur ein Theil der alten Streitfragen hat behandelt werden können. Es sind Fragen von allgemeiner Bedeutung und solche Rechtsstoffe ausgewählt worden, in denen die Streitfragen besonders zahlreich sind.

Der Standpunkt des Verfassers ist der des Praktikers. Die Sätze des Entwurfs sind vorzugsweise auf ihre Brauchbarkeit für die Rechtsfindung geprüft worden.

Außerhalb der Aufgabe der Schrift liegt eine Stellungnahme zu den Fragen, welche keine Streitfragen des geltenden Rechtes sind, bei denen es sich vielmehr um die Gewinnung der Grundgedanken für die Rechtseinrichtungen handelt, welche bisher, wie das eheliche Güterrecht und das Ehescheidungsrecht, in den verschiedenen Theilen

Deutschlands auf verschiedener Grundlage errichtet gewesen sind, oder bei denen anderweit die Nothwendigkeit gegeben ist, sich dafür zu entscheiden, ob gewisse Rechtseinrichtungen oder Rechtssätze, die bisher nur auf partikularrechtlichem Boden bestanden haben, wie der Satz, daß Kauf nicht Miethe und Pacht bricht, und die Rechtseinrichtung der Grundschuld, in das Gesetzbuch aufgenommen oder beseitigt werden sollen. Außerhalb der Aufgabe der Schrift liegt ferner die Besprechung der Frage, ob der Entwurf die Grenzen zwischen dem Gesetzbuche für das Reich und der Landesgesetzgebung nicht in der Art zu eng gezogen hat, daß der Landesgesetzgebung allzuviel überlassen worden ist.

Bei Darstellung der Streitfragen hat der Verfasser es für zweckmäßig gehalten, regelmäßig einen oder einige der Hauptvertreter der verschiedenen aufgestellten Ansichten zu nennen. Im Uebrigen sind Literaturangaben unterlassen.

Leipzig, im November 1888.

Inhalt.

Seite

I. Juristische Personen 1
§ 1. A. Begriff und Inhalt der juristischen Persönlichkeit . . . 1
§ 2. B. Körperschaften 5
§ 3. C. Stiftungen 10
II. Vertragschließung 11
§ 4. A. Vertragsangebot 11
§ 5. B. Annahmeerklärung 16
§ 6. C. Ergebniß 18
§ 7. D. Vertragschließung bei Willensmangel 19
§ 8. E. Vertragsrecht ohne Betheiligung am Vertragschlusse . . 25
§ 9. III. Bedingung 29
IV. Verschuldung 34
§ 10. A. Fahrlässigkeit. Grobe Fahrlässigkeit 34
§ 11. B. Sogenannter außerkontraktlicher Schaden 35
§ 12. C. Verschulden bei Vertragsunterhandlungen 38
§ 13. D. Verschulden einer bestehenden Haftung gegenüber . . . 41
§ 14. E. Unmöglichwerden der Leistung 44
§ 15. F. Haftung für fremde Verschuldung 49
§ 16. G. Haftung der Körperschaften und Stiftungen für Verschuldung ihrer Vorstände und Beamten 51
§ 17. V. Verzug des Schuldners 54
VI. Anspruchsverjährung 60
§ 18. A. Bezeichnung. — Anfangspunkt 60
§ 19. B. Hemmung und Unterbrechung der Verjährung 62
§ 20. C. Wirkung der Verjährung 69
§ 21. VII. Grundlose Bereicherung 70
VIII. Besitz und Inhabung 76
§ 22. Schutz der Inhabung 76
§ 23. Der Besitz als Eigenthumsposition 82
§ 24. Erwerb und Verlust des Besitzes 83
§ 25. IX. Ersitzung 89
Schlußwort 96

I. Juristische Personen.

§ 1. A. Begriff und Inhalt der juristischen Persönlichkeit.

Der Begriff der juristischen Person ist viel umstritten. Manche Schriftsteller bezeichnen den hergebrachten Begriff als unrichtig und werthlos. Andere, die den Begriff selbst nicht beseitigen wollen, halten wenigstens den Ausdruck für unglücklich gewählt und für unbrauchbar. Neuere Gesetze haben den Ausdruck vermieden. Auch die Civilprozeßordnung hat ihn nicht aufgenommen. Diese Vermeidung des Ausdrucks ist wohl einerseits aus der Erkenntniß seiner Entbehrlichkeit, andererseits aus dem Bestreben zu erklären, die Kreise nicht zu verwirren, welche die Rechtswissenschaft um die Rechtsgestalten, die wir als juristische Personen zu bezeichnen gewöhnt sind, behufs Beseitigung alter und Gewinnung neuer Rechtsgedanken gezogen hat und noch zieht. Die durch die fraglichen Gesetze eingeführten Rechtsnormen geboten die Benutzung des Ausdrucks auch da nicht, wo von den Rechtsnormen die bisher unter der Bezeichnung „juristische Personen" zusammengefaßten Rechtskörper betroffen wurden.

Hervorgerufen ist der Begriff der juristischen Person durch das Bedürfniß, für gewisse Vermögensrechte und Vermögenspflichten, die nicht an einen Menschen als den natürlichen Träger von Rechten und Verbindlichkeiten sich dergestalt anknüpfen lassen, daß dieser Mensch für sich oder in Gemeinschaft mit anderen Menschen als Subjekt der Rechte und Verbindlichkeiten erscheint, ein Rechtssubjekt zu haben, das als Vermögensträger sich darstellt. Als juristische Person aber sind wir jedes Rechtssubjekt außer dem einzelnen Menschen oder den einzelnen Menschen, denen antheilsweise ein Recht zusteht, zu bezeichnen gewöhnt. Der Kampf gegen diesen hergebrachten Begriff hat seinen Ausgangspunkt von der Aufstellung des Satzes aus genommen, daß Rechte und Verbindlichkeiten auch ohne Verknüpfung mit einem Subjekt bestehen können und, wie das Rechtsverhältniß der res divini

iuris, der res pnblicae, quae in publico usu habentur, der ruhenden Erbschaft zeige, im römischen Rechte bestanden haben und noch bestehen. Damit gelangte man dahin, das Erforderniß eines Subjekts für das Bestehen eines Rechtes überhaupt zu beseitigen, neben dem Begriffe des Personenvermögens als des einem bestimmten Menschen oder mehreren Menschen antheilsweise gehörigen Vermögens den des Zweckvermögens aufzustellen und überall, wo die hergebrachte Lehre juristische Personen als Rechtssubjekte hinstellt, ein subjektloses Vermögen anzunehmen, welches, ohne durch Privatwillkür beherrscht zu sein, einem Zwecke diene und aus Rechten bestehe, welche den Rechten des Personenvermögens parallel laufen, aber ihrem Begriffe nach kein Subjekt verlangen. Bei dieser Auffassung ergab sich der Begriff der juristischen Person als werthlos, wie er denn auch von einigen Schriftstellern, wie von Brinz und Demelius, mit der ausgesprochensten Verachtung bei Seite geworfen wurde. — Auf der entgegengesetzten Seite befindet sich die Auffassung, nach welcher diejenigen Rechtsgebilde, welche nach deutschem Privatrecht Rechtssubjekte sind, also neben dem Staate und den Gemeinden insbesondere die Stiftungen und die Korporationen, als organische Wesen hingestellt werden und daher ihrer Natur nach Rechtssubjekte sein sollen (Beseler, Bluntschli). Zwischen beiden Endpunkten der Betrachtungs- und Behandlungsweise giebt es eine Reihe vermittelnder Auffassungen. Am nächsten der zuerst erwähnten Ansicht scheint die zu stehen, welche unter Aufrechthaltung des Satzes, daß der Mensch das einzig mögliche Rechtssubjekt sei, aber unter Verwerfung des Satzes von der Möglichkeit subjektloser Rechte auch für die Korporation und die Stiftung Menschen, nämlich die einzelnen Mitglieder und Betheiligten als Rechtssubjekte ansieht und das, was nach der hergebrachten Lehre als juristische Person bezeichnet wird, als eine Art von Figuranten, von künstlichem Mechanismus gelten lassen will, welcher hergestellt sei, um die einzelnen, als wirkliche Rechtssubjekte anzusehenden Menschen besser zum Genusse der ihnen gehörigen Rechte gelangen zu lassen (Ihering). Wieder von anderer Seite wird unter Bekämpfung des Satzes, daß es kein Recht ohne Subjekt geben könne, die juristische Person als Erzeugniß einer Gedankenoperation bezeichnet, die durch den der menschlichen Natur eigenen tiefen Zug zur Persönlichkeit angeregt sei, mit welchem man bei jenen subjektlosen Rechten und Verbindlichkeiten nach einem Träger gesucht und denselben in dem künstlich geschaffenen oder fingirten Rechtsgebilde gefunden habe (Windscheid). Der oben in zweiter Reihe dargelegten Auffassung nahe steht die Ansicht, welche auf der einen Seite mit Verwerfung des Satzes, daß es subjektlose Rechte gebe, auf der anderen mit der Annahme, daß die Fiktion keine

Wahrheit schaffen könne und nur praktischen Werth habe, den Begriff der juristischen Personen dahin bestimmt, daß dieselben unkörperliche Willen seien, die Stiftung der objektivirte Wille des Stifters, die Korporation der nach dem Prinzip der Einheit in der Vielheit entstandene Wille, der die Korporation als ein wirkliches, mit Willen begabtes Wesen erscheinen lasse (Zitelmann).

Nach den Motiven (I, 78) haben die Verfasser des Entwurfs für erforderlich erachtet, den Inhalt der juristischen Persönlichkeit in dem Gesetze festzustellen. Dagegen ist es für eine Aufgabe der Wissenschaft angesehen worden, den Begriff der juristischen Person, die als eine jedem nur einigermaßen entwickelten Rechte unentbehrliche Rechtsfigur bezeichnet wird, zu konstruiren und zu rechtfertigen. Wenn es hier heißt, der Begriff der juristischen Person sei jedem nur einigermaßen entwickelten Rechte unentbehrlich, so kann damit nur die Unentbehrlichkeit von Rechtsnormen gemeint sein, nach denen es möglich ist, Vermögen auch für andere Zwecke, als dazu, daß es der Privatwillkür eines einzelnen Menschen oder einer Mehrheit von Menschen antheilsweise diene, dauernd zu bestimmen. Denn es wird nicht behauptet werden können, daß eine positive Gesetzgebung, welche die oben dargelegten, von Brinz und Demelius entwickelten Rechtsgedanken als Rechtsnormen ausprägte, auf ein unentwickeltes Recht würde schließen lassen. Im Uebrigen wird, da im § 41 des Entwurfs die Fähigkeit von Personenvereinen und Stiftungen, als solche selbständig Vermögensrechte und Vermögenspflichten zu haben, als Inhalt der juristischen Persönlichkeit hingestellt wird, anzunehmen sein, daß die Verfasser des Entwurfs bei Aufstellung ihrer Normen weder von dem Satze, daß nur Menschen Rechtssubjekte sein können, noch von dem Satze, daß es subjektloses Vermögen, Zweckvermögen im Gegensatze zum Personenvermögen, gebe, ausgegangen sind, daß sie vielmehr diejenigen Rechtsgebilde, welche die ältere Rechtswissenschaft unter der Bezeichnung „juristische Personen“ zusammengefaßt hat, als selbständige Rechtssubjekte aufgestellt haben und nun der Rechtswissenschaft überlassen wollen, wie sie das Vorhandensein solcher Rechtssubjekte rechtfertigen, das Wesen derselben konstruiren wolle. Es ist gewiß richtig, daß die Bestimmung des Begriffs der sogenannten juristischen Person in das Gesetzbuch nicht gehört. Aber man kann in der Reinhaltung des Gesetzbuchs von Dingen, die nicht in dasselbe gehören, noch weiter gehen. Es ist nämlich die Frage berechtigt, ob nicht auch der Ausdruck „juristische Person“ und damit die Zusammenfassung dessen, was die Verfasser des Entwurfs als juristische Person gelten lassen wollen, unter den fraglichen Begriff aus dem Gesetzbuch wegbleiben könnte.

Mit der Aufnahme des jetzt bereits in dem größten Theile

Deutschlands, nämlich in den Geltungsbereichen des preußischen Landrechts und des französischen Gesetzbuchs, geltenden deutschrechtlichen Grundsatzes: „der Todte erbt den Lebendigen" wird vom Entwurf eine Art der sogenannten juristischen Personen, welche dem wissenschaftlichen Aufbau ganz besondere Schwierigkeiten bereitet hat, nämlich die ruhende Erbschaft, gänzlich beseitigt. Noch anderen Arten sogenannter juristischer Personen, welche in den Lehrbüchern besprochen werden und in die Rechtsprechung Eingang gefunden haben, hat der Entwurf die Aufnahme versagt. Derselbe erkennt nur Personenvereine und Stiftungen als juristische Personen an. Damit wird dem Begriff der „Anstalt" für unseren Rechtskreis die selbständige Bedeutung entzogen, die ihm von manchen Schriftstellern gegeben ist, und in der er im Gegensatze einerseits zu den Körperschaften, andererseits zu den Stiftungen steht und den Fiskus, Universitäten, Gymnasien, andere Schulen, Kirchen, Seminarien und ähnliche Organisationen zu umfassen bestimmt ist. Auch können nach dem Entwurfe Aemter, geistliche und weltliche, auf welche der Begriff der juristischen Person ebenfalls ausgedehnt worden ist, als selbständige Rechtssubjekte nicht mehr in Betracht kommen. Damit wird nicht ausgeschlossen, daß Vermögensstücke die dauernde Bestimmung erhalten können, zum Besten der auf einander folgenden Inhaber des Amtes, sei es im Interesse der Amtsführung, sei es im persönlichen Interesse der Amtsinhaber, zu dienen. Dies hätte aber nach dem Entwurfe in der Art zu geschehen, daß eine Stiftung der Rechtsträger würde, oder daß die gleichzeitig vorhandenen mehreren Beamten des Amtes oder der Behörde sich zu einer Körperschaft zusammenschlössen. Dadurch, daß der Begriff der Anstalt für die Grenzbestimmung des Bereichs der sogenannten juristischen Person außer Betracht kommt, und nur Körperschaften und Stiftungen übrig bleiben, tritt ferner die Nothwendigkeit ein, den Fiskus als Körperschaft zu behandeln, Kirchenvermögen als Vermögen der Kirchengemeinde, Schulvermögen als Vermögen der Schulgemeinde anzusehen und überall da, wo Vermögen zum Besten von Anstalten der angegebenen Art dauernd bestimmt wird, entweder die Körperschaft, von welcher die Gründung der Anstalt ausgeht, und der die Erhaltung der Anstalt im Wesentlichen obliegt, der auch die Anstalt zu dienen bestimmt ist, oder eine Stiftung als das Rechtssubjekt gelten zu lassen, oder, wenn weder der eine noch der andere Aufbau sich als möglich erweist, der in Frage stehenden Zweckbestimmung des Vermögens die rechtliche Wirksamkeit überhaupt zu versagen.

Es ergiebt sich hieraus, daß der Entwurf in mehrfacher Hinsicht Schritte gethan hat, um den Streit über die Bedeutung oder die Bedeutungslosigkeit des hergebrachten Begriffes der sogenannten juristischen

Person der Entscheidung näher zu bringen und ihm in Richtungen Bahnen zu weisen, wo die Wissenschaft ihn zum Austrage zu bringen suchen mag. Wir haben nach dem Entwurfe kein subjektloses Vermögen mehr. Die Rechtsfähigkeit ist nicht auf den Menschen beschränkt. Rechtssubjekte können außer dem Menschen aber nur Körperschaften und Stiftungen sein. Ist dieser Standpunkt erreicht, so liegt kein innerer Grund vor, im Gesetzbuche Körperschaften und Stiftungen vermöge des Umstandes, daß ihnen die Fähigkeit, Vermögenssubjekt zu sein, beizulegen ist, unter einen gemeinsamen Begriff zu bringen und mit einem gemeinsamen Namen zu bezeichnen. Das Gesetzbuch darf sich damit begnügen, Rechtsnormen für Körperschaften und für Stiftungen aufzustellen. Diese Rechtsnormen werden für beiderlei Rechtsgebilde zum Theil gemeinschaftliche sein können. Aber von einem Bedürfnisse, im Gesetzbuche auf den Umstand, daß beiderlei Rechtsgebilde die Fähigkeit, Vermögenssubjekte zu sein, und eine Reihe einzelner Rechtsnormen mit einander gemein haben, die Rücksicht zu nehmen, daß jener Ausdruck Mangels eines anderen, besseren Ausdrucks aufrecht erhalten werde, kann nicht wohl die Rede sein. Von dem Gebrauche jener Bezeichnung im Gesetzbuche werden vielmehr Nachtheile zu erwarten sein. Ein Gesetzbuch, welches mehr thut, als Rechtsnormen aufstellen, kann der weiteren Rechtsentwickelung Hemmnisse bereiten. Der fragliche Ausdruck ist von der Wissenschaft erfunden. Ob er beibehalten oder durch einen anderen ersetzt werden soll, oder ob es angezeigt sein wird, ihn ohne Ersatz durch einen anderen abzuwerfen, ist wieder von der Wissenschaft zu entscheiden, nicht vom Gesetzbuche. Wird er vom Gesetzbuch aufrecht erhalten, so behält ihn die Rechtsprechung ebenso gewiß bei, wie manche von der Wissenschaft längst abgeworfene Bezeichnungen — es darf auf die Abtretung einer Forderung zu Eigenthum hingewiesen werden — in den Urtheilen preußischer Gerichtshöfe sich noch immer vorfinden. Die Rechtswissenschaft wird sich zwar, wenn das Gesetzbuch den Ausdruck beibehält, an ihn nicht stoßen. Sie muß sich aber immerhin mit ihm abfinden, auch wenn sie dahin gelangt, ihm nur die Bedeutung eines nutzlosen Ueberbleibsels aus einem wissenschaftlich überwundenen Stande der Rechtsentwickelung einzuräumen.

§ 2. B. Körperschaften.

Der Entwurf beschränkt sich darauf, gewisse allgemeine Grundsätze über Verfassung, Vertretung, Haftung, Verwaltung, Ueberschuldung, Endigung der Körperschaften aufzustellen (§§ 43 bis 57). Nicht entschieden werden die Fragen, wie ein Personenverein als Körperschaft

die Fähigkeit, selbständiges Vermögenssubjekt zu sein, erwirbt und verliert. Der Entwurf verweist betreffs dieser Fragen auf die Landesgesetze, soweit nicht besondere reichsgesetzliche Bestimmungen gegeben seien (§ 42). Auch läßt er die Verfassungen der auf Reichsgesetz oder Landesgesetz beruhenden Körperschaften unverändert fortbestehen (§ 43). Eine Verweisung auf landesgesetzliche Bestimmungen ist im Entwurf ferner insofern enthalten, als das Vermögen einer erloschenen Körperschaft an denjenigen fällt, welcher in der Verfassung und, sofern weder diese, noch ein Reichsgesetz eine Anordnung enthält, in den Landesgesetzen des Ortes, an welchem die Körperschaft ihren Sitz hatte, als der Anfallsberechtigte bestimmt ist (§ 49 Abs. 1). Unberührt bleiben sollen endlich die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen dem Fiskus juristische Persönlichkeit zusteht (§ 63).

Von den Bestimmungen des Entwurfs sind die im § 48 enthaltenen, auf die inneren Angelegenheiten der Körperschaft, den Willen der Mitglieder, der in den Angelegenheiten der Körperschaft maßgebend sein soll, und die Art der Feststellung dieses Willens bezüglichen als Aushilfsbestimmungen aufzufassen, welche nur insoweit Anwendung finden sollen, als nicht die Verfassung der Körperschaft andere Festsetzungen enthält (§ 48 Abs. 6). Angenommen ist der Grundsatz, daß bei einer Beschlußfassung in der Versammlung der Körperschaft die Mehrheit der in der Versammlung erschienenen Mitglieder entscheidet, und daß zur Gültigkeit des Beschlusses die Bezeichnung des Gegenstandes desselben bei Einberufung der Mitglieder zur Versammlung erforderlich ist (§ 48 Abs. 1, 2). Doch ist auch Beschlußfassung außerhalb einer Versammlung der Mitglieder zulässig. Es wird dabei anscheinend an eine Beschlußfassung mittels Umlaufs gedacht. Ein so zu fassender Beschluß erfordert aber die Zustimmung aller Mitglieder (§ 48 Abs. 3). Ein Beschluß, durch welchen die Verfassung abgeändert wird, bedarf immer der Zustimmung aller Mitglieder (§ 48 Abs. 5).

Als zur Verfassung gehörig ist auch die Stellung der Körperschaft zu den Sonderrechten einzelner Mitglieder und die Frage aufzufassen, ob und unter welchen Voraussetzungen dergleichen Sonderrechte durch Beschlüsse der Körperschaft aufgehoben oder abgeändert werden können. Der Entwurf hat über die Frage nichts bestimmt und auch nichts bestimmen wollen. Letzteres ergiebt sich aus den Motiven (I, 109). Dieselben bezeichnen den allgemeinen Grundsatz, daß Sonderrechte der Mitglieder durch Mehrheitsbeschlüsse nicht beeinträchtigt werden können, als gesetzgeberisch unverwerthbar, und sie führen aus, von der Gesetzgebung könne den Sonderrechten nur in der Weise näher getreten werden, daß in den Gesetzen, welche mit der Regelung bestimmt gearteter Körperschaften sich befassen, durch erläuternde oder positive

Bestimmungen in Ansehung einzelner Punkte die Herrschaft des Mehrheitsprinzips ausdrücklich festgestellt oder umgekehrt die eine oder andere Zuständigkeit als dem Mehrheitsprinzip entzogen bezeichnet werde. Im Uebrigen müsse die Lösung der Frage, wie weit die Einzelrechte reichen, der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen werden. Soweit die Regel Platz greife, daß das Statut nur mit Zustimmung sämmtlicher Mitglieder geändert werden könne, seien auf dem Statute beruhende Einzelrechte vor Eingriffen der Mehrheit schon durch diese Regel geschützt.

Diesen Erwägungen stehen Bedenken entgegen. Die betonte Unverwerthbarkeit des angegebenen Grundsatzes ist in dem Sinne zu verstehen, daß der Begriff der Sonderrechte in einem Rechtssatze, der für die verschiedenen Arten der Körperschaften Geltung zu haben und den in Betracht kommenden Rechtsverhältnissen gerecht zu werden hätte, sehr schwer oder überhaupt nicht bestimmt werden könne. Dieser Grund der Nichtberücksichtigung des althergebrachten Begriffs der Sonderrechte wird schon an sich angezweifelt werden dürfen (R.G.Entsch. 11, 271). Er verträgt sich aber auch nicht mit dem Satze der Motive, daß — abgesehen von den für besondere Körperschaften erforderlichen besonderen Bestimmungen — die Lösung der Frage, wie weit die Einzelrechte reichen, der Wissenschaft und der Rechtsprechung zu überlassen sei. Denn um die Frage der Grenzbestimmung zwischen jenen Sonderrechten und dem in den Mehrheitsbeschlüssen zu Tage tretenden rechtlichen Willen der Körperschaft überhaupt praktisch zu machen, bedarf es doch immer einer Norm, welche die Sonderrechte der Möglichkeit einer Aenderung oder Aufhebung durch Mehrheitsbeschlüsse entzieht. Mit dem Hinweise darauf, daß die auf der Verfassung beruhenden Sonderrechte schon durch die Bestimmung geschützt sind, nach welcher Verfassungsänderungen nur mit Einstimmigkeit beschlossen werden können, läßt sich dem Bedürfniß nicht ausreichend beikommen. Denn die Bestimmung des Entwurfes, daß zur Gültigkeit eines Beschlusses, durch welchen die Verfassung abgeändert wird, die Zustimmung aller Mitglieder erforderlich ist, findet nur in so weit Anwendung, als nicht die Verfassung der Körperschaft ein Anderes bestimmt. Ergibt also die Verfassung selbst die Möglichkeit einer Verfassungsänderung, die nicht auf dem einstimmigen Willen aller Mitglieder der Körperschaft beruht, und bestimmt die Verfassung selbst nichts über die Möglichkeit der Aufhebung von Sonderrechten, so würden nach dem Entwurfe die Sonderrechte auch beim Widerspruche der Berechtigten unter denselben Voraussetzungen aufgehoben oder abgeändert werden können, unter denen die Verfassung geändert werden kann. Die Frage hat praktische Bedeutung für gewisse Beamten-Pensionskassenvereine, deren Statut von einer bestimmten Behörde ohne

Widerspruch der Mitglieder geändert werden kann. Hier hat die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen mit der Aenderungsmöglichkeit der Verfassung seitens der Behörde auch die Befugniß gegeben ist, Sonderrechte einzelner Mitglieder beim Widerspruche der letzteren aufzuheben oder einzuschränken, zu Zweifeln und Rechtsstreitigkeiten Veranlassung gegeben.

Zu allgemeiner, ausnahmsloser Geltung bestimmt sind die Sätze des Entwurfes, welche sich auf die Vertretung der Körperschaften und die Haftung der letzteren für den Ersatz des Schadens beziehen, den ein Vertreter durch eine in Ausübung der Vertretungsmacht begangene widerrechtliche, zum Schadensersatze verpflichtende Handlung einem Dritten zugefügt hat (§§ 44 bis 46).

Nach § 44 Abs. 1 muß für jede Körperschaft ein Vorstand bestellt werden. Und dieser Vorstand ist der gesetzliche Vertreter der Körperschaft sowohl gegenüber Dritten, als auch gegenüber den Mitgliedern der Körperschaft. Nach den Motiven (I, 95) ist es die Absicht, mit dem § 44 an jede Körperschaft die Anforderung zu richten, einen gesetzlichen Vertreter zu bestellen, soweit nicht etwa durch das Gesetz eine anderweite Bestellung vorgesehen sei. Werde die Vorschrift nicht befolgt, — heißt es in den Motiven weiter — so mangele der Körperschaft die Möglichkeit, in rechtsgeschäftlichen Verkehr zu treten. Bemerkt wird dabei, daß, *wenn* zur Zeit in einzelnen Rechtsgebieten gewisse, mit juristischer Persönlichkeit ausgestattete Verbände bestehen, welche universitates inordinatae in dem Sinne seien, daß sie keinen verfassungsmäßigen Vorstand haben (Real-, Altgemeinden u. s. w.), die Erwartung nicht unberechtigt sei, daß es auch diesen Körperschaften gelingen werde, künftig für die Bestellung eines Vorstandes zu sorgen. Die Bestimmung des Entwurfes hat indeß eine sehr viel größere Tragweite, als die Motive anzunehmen scheinen. Sie trifft die meisten Landgemeinden in den sieben östlichen preußischen Provinzen. Diese Körperschaften haben verfassungsmäßig einen Gemeindevorsteher, der aber als solcher nicht die Macht hat, die Gemeinde nach außen zu vertreten. Ihre gesetzliche Vertreterin ist regelmäßig die Gemeindeversammlung. Zur Bestellung eines anderen Vertreters bedarf es eines Beschlusses der Gemeindeversammlung. Es ist nicht zweifelhaft, daß die Fortdauer dieses Rechtszustandes sich mit dem § 44 nicht vertragen würde. Zweifelhaft kann es aber sein, ob mit der Bestimmung des § 44, wenn dieselbe in das Gesetzbuch übergeht, die Rechtsstellung der bisherigen Gemeindevorsteher sich von selbst dahin erweitert, daß dem Gemeindevorsteher nunmehr kraft Gesetzes die Vertretungsmacht gegeben ist, oder was sonst zu geschehen hat, um dem § 44 zu entsprechen. Die Reichsgesetzgebung wird mit der Frage nichts zu thun

haben. Es wäre Sache der Landesgesetzgebung, Bestimmung zu treffen, wenn ein Bedürfniß dazu als vorliegend schon jetzt anzusehen sein möchte oder das Vorhandensein eines solchen demnächst durch die Rechtsprechung sich ergäbe.

Der die Haftung der Körperschaften für ihre Vertreter regelnde § 46 soll eine große Streitfrage zum Austrage bringen. Die Motive (I, 102 ff.) besagen, daß die Vorschrift für alle Körperschaften, auch die öffentlich-rechtlichen, Geltung haben solle, da kein Grund vorliege, die Vertreter des Staates und der Gemeinden, soweit sie in Ausübung privatrechtlicher Vertretungsmacht handeln, anderen Grundsätzen zu unterstellen, als die Vertreter sonstiger Körperschaften. Die Vorschrift soll darnach eine Haftung auch des Staates als einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft für seine Vertreter aussprechen. Des Staates ist in den auf juristische Personen bezüglichen Bestimmungen des Entwurfes nicht weiter erwähnt. Nur im § 63 findet sich ein Satz, der auffallend erscheinen muß. Derselbe besagt, daß die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen dem Fiskus juristische Persönlichkeit zusteht, unberührt bleiben sollen. Die Bestimmung weist ihrem Wortlaute nach darauf hin, daß mit ihr der Auffassung habe vorgebeugt werden sollen, als wolle der Entwurf die sogenannte juristische Persönlichkeit des Fiskus beseitigen, den Fiskus nicht weiter als Subjekt von Rechten gelten lassen. Der naheliegende Zweifel, ob dies in Wahrheit mit jener Bestimmung beabsichtigt sein könne, wird durch die Motive beseitigt. Nach denselben (I, 124 f.) ist als Grund der Aufnahme des Satzes in den Entwurf die Erwägung anzusehen, daß die Frage streitig sei, ob der Fiskus zu den Körperschaften oder zu den Stiftungen gehöre oder als eine juristische Person eigener Art, die sich weder als Körperschaft noch als Stiftung betrachten lasse, anzusehen sei, und daß auf Grund der letzteren Meinung der Fortbestand der landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen dem Fiskus juristische Persönlichkeit zustehe, in Zweifel gezogen werden könne. Einem solchen Zweifel will der fragliche Satz vorbeugen. — Hierzu möchte Folgendes zu bemerken sein:

Daß der Fiskus eine Stiftung sei, ist wohl kaum je behauptet worden. Unter den Begriff einer Anstalt hat man ihn wohl gebracht und ihn mit anderen Anstalten als eine besondere Art der sogenannten juristischen Personen hingestellt. Daß aber von diesem letzteren Gesichtspunkte aus in Ermangelung von Bestimmungen des Entwurfes, welche die Rechtsstellung des Fiskus regeln, und in Ermangelung des auf die Landesgesetze verweisenden § 63 der Gedanke an ein Außerkrafttreten der landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen dem Fiskus die sogenannte juristische Persönlichkeit zusteht, hätte aufkommen können,

ist schwer faßbar. Man würde sich ohne die Bestimmung des § 63 dafür entschieden haben, den Staat nach alter Auffassung als Körperschaft, den Fiskus als diese Körperschaft in vermögensrechtlicher Beziehung anzusehen.

Zu Bedenken gibt aber der Satz des § 63 noch in anderer Richtung Veranlassung. Die im § 46 enthaltene, die Haftung der Körperschaften für ihre Vertreter regelnde Bestimmung soll sich nach den Motiven, wie bereits erwähnt worden, auch auf den Staat, also den Fiskus, beziehen. Es liegt ihr mithin die Auffassung zu Grunde, daß der Staat eine Körperschaft sei, und daß die auf Körperschaften bezüglichen Bestimmungen des Entwurfes auf Staat und Fiskus Anwendung finden. Diese Auffassung wird dadurch in Frage gestellt, daß der § 63 — ebenfalls nach den Motiven — dem Rechtsgedanken seine Entstehung verdankt, daß der Fiskus nicht unter den Begriff der Körperschaft zu bringen sei. Als Folge dieses Rechtsgedankens würde sich die Unanwendbarkeit des § 46 auf den Staat und dessen Vertreter, also, wenn die Norm des § 46 auch vom Staate gelten soll, die Nothwendigkeit einer dies aussprechenden Bestimmung ergeben. — Die Begründung der Sätze des Entwurfes entbehrt hiernach der gedankenmäßigen Einheitlichkeit. Es ist dies ein Mangel, der das Verständniß der Sätze selbst in Frage stellen muß.

Auf weitere, durch die Fassung des § 46 hervorgerufene Bedenken soll an einem anderen Orte noch zurückgekommen werden (zu vgl. unten § 16).

§ 3. C. Stiftungen.

Die alte Streitfrage, ob die Errichtung einer Stiftung der staatlichen Genehmigung bedürfe, hat der Entwurf rechtsgrundsätzlich im Sinne der Ansicht entschieden, nach welcher die Errichtung dadurch allein erfolgt, daß Vermögen für den Zweck, dem die Stiftung dienen soll, bestimmt wird. Geschieht die Errichtung der Stiftung durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, so ist gerichtliche oder notarielle Form für die Willenserklärung erforderlich, während die Errichtung durch eine Verfügung von Todes wegen den für dergleichen Verfügungen gegebenen Formvorschriften unterliegt (§§ 58, 59). Der Entwurf läßt aber die landesgesetzlichen Bestimmungen, nach welchen die Errichtung einer Stiftung von anderen Erfordernissen, insbesondere der staatlichen Genehmigung abhängt, unberührt (§ 62). Die Gebundenheit des Stifters, welche, wenn zur Errichtung der Stiftung nur die in der vorgeschriebenen Form abgegebene Erklärung des Stifters erfordert wird, folgerecht mit der Abgabe der Erklärung eintritt, beginnt

nach dem Entwurfe, wenn nach den landesgesetzlichen Bestimmungen staatliche Genehmigung erforderlich ist, schon in dem Zeitpunkte, in welchem der Stifter die staatliche Genehmigung nachsucht (§ 62 Absatz 2). Die letztere Bestimmung beruht auf dem gleichen Rechtsgedanken, wie die vom Entwurfe angenommene Gebundenheit dessen, der einem Anderen ein Vertragsangebot macht (vgl. unten § 4). Man wird, diesem Rechtsgedanken folgend, anzunehmen haben, daß die Bitte um Ertheilung der staatlichen Genehmigung unter der Voraussetzung wirksam zurückgezogen werden kann, daß die Erklärung der Zurücknahme bei der Behörde, die um Ertheilung der Genehmigung ersucht worden ist, nicht später eingeht, als die Bitte um die Ertheilung (§ 74 Abs. 4). Erfolgt die Errichtung durch letztwillige Verordnung, so soll, wenn nach den Landesgesetzen staatliche Genehmigung zur Errichtung erforderlich ist, die Genehmigung, sofern sie ertheilt wird, als schon vor dem Erbanfalle ertheilt angesehen werden (§ 62 Abs. 3). Mit diesem Satze begegnet der Entwurf der in der Rechtsprechung bereits mehrfach (Städel'sche Stiftung in Frankfurt a. M., Blum'sche Stiftung in Hildesheim, Fränkel'sche Stiftung in Breslau) hervorgetretenen Schwierigkeit, welche darin besteht, daß im Interesse der Aufrechthaltung des Willens des Stifters ein Vermögenserwerb durch ein zur Zeit des Vermögensanfalls noch nicht vorhandenes Rechtssubjekt angenommen wird. Bisher fand man sich mit der fraglichen Schwierigkeit regelmäßig in der Art ab, daß auch im Falle des gesetzlichen Erfordernisses staatlicher Genehmigung der Stiftung nicht die staatliche Genehmigung, sondern die Willenserklärung des Stifters als der das neue Rechtssubjekt schaffende Akt angesehen und der staatlichen Genehmigung nur die Bedeutung einer Zulassung des neuen Rechtssubjekts zum Rechtsverkehr, einer staatlichen Anerkennung desselben eingeräumt wurde. Man wird die Bestimmung des § 62 Abs. 3 zwar als ein mechanisches Auskunftsmittel bezeichnen dürfen, ihr aber den Vorzug der Handlichkeit für die Rechtsprechung nicht versagen können.

II. Vertragschließung.

§ 4. A. Vertragsangebot.

Bei einem unter Gegenwärtigen stattfindenden Vertragschlusse beantwortet sich die Frage, in welchem Zeitpunkte der aus Vertragsangebot und Annahme sich zusammensetzende Vertragschluß vollzieht, von selbst dahin, daß in dem Zeitpunkte der erzielten und zur gegenseitigen Aeußerung gelangten Willensübereinstimmung der Vertrag zu

Stande kommt. Eben so klar liegt der Fall, in welchem derjenige, der über das unter Gegenwärtigen ihm gemachte Vertragsangebot nicht schlüssig werden kann und sich Zeit zur Ueberlegung nehmen will, während der Anbietende eine sofortige Erklärung verlangt. Alle Rechte stimmen darin überein, daß in einem solchen Falle das Vertragsangebot seine Wirkung verliert. Der Entwurf hat diesem Grundsatze im § 83 Ausdruck gegeben. Sollen oder können aber nach dem Willen derer, die einen Vertrag eingehen wollen, oder nach den gegebenen äußeren Umständen Vertragsangebot und Annahme der Zeit nach nicht unmittelbar aufeinander folgen, so ergeben sich Schwierigkeiten.

Wird unter Gegenwärtigen eine Frist zur Erklärung über Annahme des Angebotes bewilligt, so stellt sich die Frage, ob mit dem Angebote selbst schon eine von der rechtzeitigen Annahme desselben abhängige vertragsmäßige Gebundenheit des Anbietenden als vorliegend anzunehmen sei, als eine Frage der Auffassung des Willens dar. Und wenn in dem fraglichen Falle das Gesetz, — wie es nach dem Entwurfe geschehen soll, — den Anbietenden, ohne ihm die rechtliche Möglichkeit des Widerrufs zu geben, bei einer innerhalb der gestellten Frist erfolgten Annahme des Angebotes zur Vertragserfüllung als verpflichtet hinstellt, sofern nicht die Gebundenheit ausdrücklich oder stillschweigend ausgeschlossen ist (§§ 80—82), so ist die Rechtskonsequenz gewahrt, und das Gesetz enthält nur eine Auslegungsnorm für den Vertragswillen.

Wird dagegen das Vertragsangebot einem Abwesenden gemacht, so scheint sich aus dem Vertragsbegriff von selbst zu ergeben, daß von einer vertragsmäßigen Gebundenheit des Anbietenden so lange nicht wohl die Rede sein kann, als die Voraussetzungen für die Annahme eines Vertragschlusses überhaupt nicht gegeben sind. Daraus scheint weiter von selbst zu folgen, daß das Vertragsangebot, welches einem Abwesenden gemacht worden ist, von dem Anbietenden so lange widerrufen werden kann, als nicht der Vertrag abgeschlossen ist. Und ist es richtig, daß ein Vertrag nicht zu Stande kommen kann, wenn in dem Zeitpunkte, welcher als der des Vertragschlusses in's Auge zu fassen sein würde, eine Willensübereinstimmung nicht besteht, so ergiebt sich als fernere Folge, daß durch einen vor diesem Zeitpunkte erfolgten Widerruf des Vertragsangebotes das letztere hinfällig und damit das Zustandekommen eines Vertrages gehindert wird. Dies ist auch die bisher im gemeinen Rechte herrschende Meinung. Doch wird aus Billigkeitsrücksichten ein Anspruch dessen, an den das Angebot gerichtet war, gegen den dasselbe Zurücknehmenden auf Ersatz des dem ersteren durch das zurückgenommene Angebot erwachsenen Schadens anerkannt.

Allein das Verkehrsbedürfniß hat sich solcher Gestalt durch den hergebrachten Vertragsbegriff und das in ihm zum Ausdruck gelangte Willenseinigungsprincip nicht beengen lassen. Es hat an das objektive Recht die Anforderung vertragsmäßigen Gebundenseins des Anbietenden gestellt. Deutsche Gesetzeswerke (A.L.R., A.D.H.G., G.B. f. d. K. Sachsen) haben dem Bedürfniß entsprochen. Nach der wissenschaftlichen Formel für die Erklärung vertragsmäßigen Gebundenseins vor dem Vorhandensein eines Vertrages wird freilich noch gesucht. Aufgestellt sind mehrere, zu allgemeiner Anerkennung gelangt ist noch keine. Der Entwurf ist der Annahme eines Gebundenseins des Anbietenden gefolgt. Er hat für das einem Abwesenden mit Bestimmung einer Annnahmefrist gemachte Vertragsangebot Gebundenheit des Antragenden bis zum Ablaufe der Frist angenommen (§ 82) und läßt an das einem Abwesenden ohne Fristbestimmung gemachte Angebot den Anbietenden bis zu dem Zeitpunkte gebunden sein, in welchem derselbe bei Unterstellung der rechtzeitigen Ankunft des Angebotes und einer nach Maßgabe der Verkehrssitte rechtzeitigen Absendung der Antwort den Eingang der letzteren erwarten darf (§ 84). Im letzteren Falle kann also der Empfänger des Angebotes, wenn die Ankunft des letzteren sich verspätet, oder wenn er selbst bei der Entschließung über die Annahme oder bei der Absendung der Antwort gezögert hat, die Folgen der Verspätung durch eine über das Maß der Verkehrssitte hinausgehende Beschleunigung der Beförderung der Antwort abwenden. Die Gebundenheit des Anbietenden tritt ein, wenn sie nicht von ihm ausgeschlossen ist (§ 81). Der Entwurf unterstellt mithin, daß sie gewollt sei, wenn der Anbietende nicht den entgegengesetzten Willen zu erkennen gegeben habe. Sie wird in dem Zeitpunkte wirksam, in welchem das Angebot dem zugeht, an den es gerichtet ist. Bis dahin bleibt das Angebot widerruflich. Aber der Widerruf ist nur wirksam, wenn die Erklärung des Widerrufes dem, an den das Angebot gerichtet war, vor oder gleichzeitig mit dem Angebote zugeht (§ 74 Abs. 2). Ueber den Zeitpunkt der Annahmefrist hinaus läßt der Entwurf die bindende Kraft des Angebotes wirken, wenn die Annahmeerklärung, obwohl sie so rechtzeitig abgesandt ist, daß sie bei ordnungsmäßiger Beförderung vor dem Ablaufe der Frist eingegangen sein würde, verspätet angekommen ist, und der Anbietende dem Anderen von dem Nichteingange der Erklärung innerhalb der Frist nicht spätestens sofort nach dem verspäteten Eingange der Erklärung Anzeige gemacht hat (§ 85). Man wird diese Bestimmung nicht bloß auf den Fall der gesetzlichen Annahmefrist des § 84 zu beziehen haben, da für eine einschränkende Auffassung kein Grund ersichtlich ist. Die Worte des § 85 geben aber der einschränkenden Auslegung inso-

fern Raum, als der Entwurf des im Eingange des § 85 gebrauchten Ausdrucks „Annahmefrist“ bis dahin immer im Sinne einer von dem Anbietenden gestellten Frist sich bedient.

Die besprochenen Rechtsnormen beziehen sich auf die Fälle, in denen nach dem erklärten Willen des Antragenden oder nach der Natur des beabsichtigten Vertrages eine Erklärung der Annahme zum Zustandekommen des Vertrages für erforderlich angesehen werden muß. Der Entwurf trifft daneben auch für die Fälle Bestimmung, in welchen der Anbietende eine besondere Annahmeerklärung nicht verlangt, eine solche auch nach der Natur des Vertragsangebotes nicht für erforderlich anzusehen ist (§ 86). Hierher gehören regelmäßig die im täglichen Verkehr vorkommenden Fälle der zu eigenem Bedarf gemachten Bestellung von Waaren oder Arbeitserzeugnissen bei Kleinhändlern und Handwerkern. In diesen Fällen wird nach der Verkehrssitte eine besondere Annahmeerklärung dessen, bei dem die Bestellung gemacht wird, nicht erwartet, während im großen Verkehr, auch im großen Handelsverkehr, das Erforderniß einer besonderen Annahmeerklärung die Regel bildet. Es fragt sich aber, ob der § 86 dem gesetzgeberischen Bedürfnisse Genüge leistet. Nach seinem Wortlaute würde er in den häufigen Fällen, in denen Kleinhändler ihre Waaren brieflich mit der Erklärung anbieten, daß die Annahme des Vertragsangebotes von ihnen erwartet und die Absendung der Waare, sofern ihnen nicht eine entgegengesetzte Willenserklärung zugehe, alsbald von ihnen werde vorgenommen werden, zu Gunsten der Absender der Vertragsangebote angewendet werden können. In solchen Fällen gestatten die Absender immer die stillschweigende Annahme und erklären auch regelmäßig, daß sie die Annahme erwarten. Den Worten des § 86 wird also genügt. Der Verkehrssitte würde es aber nicht entsprechen, dem Empfänger eines solchen Angebots, welcher dasselbe nicht annehmen will, den Zwang zur ablehnenden Beantwortung aufzulegen, der überdies dahin führen würde, daß der Absender der Antwort die Gefahr der Ankunft seiner Erklärung bei dem Absender des Angebotes zu tragen hat. Ich halte es nicht für zweifelhaft, daß die Verfasser des Entwurfs dem § 86 diese Bedeutung nicht geben wollen. Aber daß die Fassung des § 86 zu Mißverständnissen führen kann, wird nicht zu bestreiten sein.

Auf der anderen Seite kann die Frage aufgeworfen werden, ob die Fälle, für welche der § 86, wie ich annehme, bestimmt ist, die Fälle also, in denen weder der Wille des Anbietenden, noch die Natur des beabsichtigten Vertrages, noch die Verkehrssitte eine besondere Annahmeerklärung erforderlich machen, der ausführlichen Behandlung, die ihnen im Entwurf zu Theil geworden ist, überhaupt bedürfen. Folgt

aus dem Inhalte des Vertragsangebotes oder aus dem Wesen des beabsichtigten Vertrages, daß der Anbietende eine Annahmeerklärung nicht erwartet, erscheint eine solche auch nach der Verkehrssitte zum Zustandekommen des Vertrages nicht erforderlich, so wird sich der Natur der Sache nach aus dem Inhalte des Vertragsangebotes und dem Wesen des Vertrages von selbst ergeben, wie lange der Anbietende gebunden ist, ohne daß es weiterer Rechtsnormen, wie sie vom Entwurf in der fraglichen Richtung aufgestellt werden, bedarf. Diese Bestimmungen werden zwar nicht als unrichtig bezeichnet werden dürfen. Aber sie verstehen sich von dem im Entwurf eingenommenen Gesichtspunkte der bindenden Kraft des Vertragsangebotes von selbst, wie denn die im § 68 vorgesehenen Fälle regelmäßig solche sind, welche der Rechtsfindung von jeher die geringsten Schwierigkeiten gemacht haben. Dem praktischen Bedürfnisse würde Genüge geschehen, wenn der Entwurf ausspräche, daß die Abschließung eines Vertrages durch stillschweigende Annahme des Vertragsangebotes geschehen könne, sofern der Anbietende eine besondere Annahmeerklärung nicht erfordere, eine solche auch nach der Natur des beabsichtigten Vertrages und der Verkehrssitte nicht erforderlich erscheine, — und daß solchenfalls die Dauer der bindenden Kraft des Vertragsangebotes sich nach dem Inhalte des letzteren und dem Wesen des beabsichtigten Vertrages in Verbindung mit den Umständen des Falles bestimme.

Der Entwurf schreibt vor, daß das Vertragsangebot, wenn nach der Absendung desselben der Anbietende oder der, dem das Angebot gemacht worden, stirbt, seine bindende Kraft behält, also beim Tode des Anbietenden dessen Erben bindet, beim Tode des Anderen dessen Erben zur Annahme berechtigt, sofern nicht ein entgegenstehender Wille aus dem Inhalte des Angebotes oder den Umständen des Falles sich ergibt. Er setzt ferner fest, daß mit der gleichen aus dem Inhalte des Angebotes oder den Umständen des Falles sich ergebenden Einschränkung das Angebot auch in dem Falle seine bindende Kraft behält, wenn der Anbietende oder der, dem das Angebot gemacht worden, geschäftsunfähig wird (§ 89). Die Fassung des § 89 ist nicht glücklich. Da mit dem Eintritte der Geschäftsunfähigkeit nur die Entmündigung gemeint sein kann, so würde nach dem Wortlaute des § 89 anzunehmen sein, daß mit diesem Paragraphen auch die Fälle haben getroffen sein sollen, in denen das Vertragsangebot den Willen des Anbietenden erkennen läßt, daß für den Fall seiner eigenen Entmündigung sein Vertreter durch das Angebot nicht gebunden werde, oder daß für den Fall der Entmündigung des Anderen dessen Vertreter zur Annahme nicht berechtigt sei, — Fälle, welche schwerlich vorkommen werden. Die Worte decken den Gedanken nicht genau.

§ 5. B. Annahmeerklärung.

Eine der bestrittensten Fragen im Gebiete des Rechtes ist die nach dem Zeitpunkte, in welchem die von der Annahme des Vertragsangebotes abhängige Vertragschließung unter Abwesenden sich vollzieht. Es sind drei Haupttheorien aufgestellt. Keine derselben kann nach dem heutigen Stande der Wissenschaft als die herrschende bezeichnet werden. Wird von dem Satze ausgegangen, daß der Vertrag mit der durch gegenseitige Aeußerung zum Bewußtsein der Vertragschließenden gelangten Willensübereinstimmung zu Stande komme, so ergibt sich, daß der Vertrag nicht früher für geschlossen erachtet werden kann, als bis die Annahmeerklärung dessen, dem das Angebot gemacht ist, zur Kenntniß des Anbietenden gelangt. Mit diesem von den Vertretern der sogen. Vernehmungstheorie (u. A. Bekker, Regelsberger, Brinz) aufgestellten Satze hat sich aber das Verkehrsbedürfniß nicht befreunden können. Dasselbe findet seine Befriedigung nicht, wenn der Vertragschluß so lange in der Schwebe bleiben soll, als es dem Anbietenden nicht beliebt, das Schreiben, in welchem er die Annahmeerklärung dessen, dem er das Angebot gemacht hat, zu empfangen erwartet, zu eröffnen und von dem Inhalte des Schreibens Kenntniß zu nehmen. Daher haben Andere (so Seuffert, Karlowa) an die Stelle der Vernehmungstheorie die sogen. Empfangstheorie gesetzt, für welche die Bedeutung in Anspruch genommen wird, daß sie nichts sei, als die vernünftige praktische Ausbildung der Vernehmungstheorie (Dernburg). Nach der Empfangstheorie kommt der Vertrag in dem Zeitpunkte zu Stande, in welchem die Annahmeerklärung in die Hände des Antragenden gelangt, so daß er von ihr Kenntniß zu nehmen in der Lage ist. — Von noch anderer Seite (u. A. Puchta, Thöl, Sintenis) wird weder das auf beiden Seiten erlangte Bewußtsein von der erzielten Willenseinignng, noch auch die thatsächliche Möglichkeit, sich dies Bewußtsein durch Kenntnißnahme von dem Inhalte des Antwortschreibens zu verschaffen, zum Vertragschlusse erfordert, vielmehr schon die Thatsache der zum Ausdruck gelangten Willenseinigung als das den Vertrag Schaffende angesehen. Mit dieser Auffassung ist man dahin gelangt, den Zeitpunkt des Vertragschlusses in die Annahme des Vertragsangebotes, d. h. in die Aeußerung des Annahmewillens, zu setzen (Aeußerungstheorie). Allein der Begriff der Annahme und der Aeußerung des Annahmewillens hat keinen fest bestimmbaren Inhalt. Wird auch die Annahme in einen früheren Zeitpunkt nicht gesetzt, als in den, in welchem der Empfänger des Vertragsangebotes zu dem Zwecke thätig wird, um von seinem Annahmewillen den An-

bietenden zu benachrichtigen, so bleibt doch zweifelhaft, wie weit diese Thätigkeit vorgeschritten sein müsse, um als Annahme zu gelten.

Der Entwurf enthält den Satz: „Mit dem Zeitpunkte der Annahme des Vertragswillens wird der Vertrag geschlossen“ (§ 87). Der Wortlaut des Satzes scheint zu der Annahme zu nöthigen, daß der Entwurf der zuletzt erwähnten Lehre folgen, also den Vertragschluß in den Zeitpunkt der Aeußerung des Annahmewillens setzen wolle, wie denn Thöl, einer der Hauptvertreter der Aeußerungstheorie, seiner Ansicht fast mit den Worten des § 87 Ausdruck gibt. Die Motive wollen aber den Satz des § 87 anders verstanden wissen. Es heißt dort (I, 174): „Ist ein Vertragsantrag angenommen, so ist damit der Vertrag geschlossen. Ein Vertrag unter Abwesenden kommt sonach im Falle ausdrücklicher Annahme mit dem Zeitpunkte zu Stande, in welchem die Annahmeerklärung dem Antragsteller zukommt.“ Die Lösung des Räthsels, welches in diesen beiden Sätzen dem Verständnisse aufgegeben wird, enthält der Entwurf im § 74. Hier heißt es: „Ist die Wirksamkeit einer Willenserklärung davon abhängig, daß sie gegenüber einem Betheiligten abgegeben wird, und erfolgt die Willenserklärung in Abwesenheit desselben, so wird zur Wirksamkeit erfordert, daß die ausdrückliche Willenserklärung ihm zukommt.“ — Die Motive (I, 157) besagen, daß mit dem § 74 die Empfangstheorie habe angenommen werden sollen. Um den § 87 als den Ausdruck dieser Theorie aufzufassen, muß man dem Wortlaut entgegen unter der Annahme des § 87 nicht die Annahme schlechthin, sondern die von dem Anbietenden empfangene und dadurch im Sinne des § 74 wirksam gewordene Annahmeerklärung verstehen. Der Entwurf enthält also statt einer Norm, die dem Verständnisse keine Schwierigkeiten bietet, eine Art Räthselspiels. Und die Motive setzen das Spiel fort. Die Lösung des Räthsels kann allerdings mit Hilfe der Motive im Entwurf gefunden werden. Aber man fragt sich vergebens nach dem Grunde, aus welchem jenes Räthselspiel einem in sich selbst die Möglichkeit des Verständnisses tragenden Satze vorgezogen worden ist.

Damit, daß die Annahmeerklärung erst in dem Zeitpunkte wirksam wird, in welchem sie dem Anbietenden zukommt, ist nach dem Grundsatze des § 74 Abs. 2 die Widerruflichkeit der Erklärung bis zu diesem Zeitpunkte gegeben. Der Widerruf ist aber nur wirksam, wenn er dem Anbietenden früher als die Annahmeerklärung oder gleichzeitig mit derselben zukommt.

Im Widerspruch mit dem Satze, daß die Annahmeerklärung erst wirksam wird, wenn sie an den Anbietenden gelangt, steht der Satz, daß es auf die Wirksamkeit der Erklärung keinen Einfluß hat, wenn der

Erklärende ſtirbt oder geſchäftsunfähig wird, nachdem er die Erklärung behufs der Abſendung abgegeben hat (§ 74 Abſ. 3). Die Erklärung ſoll alſo, auch bevor ſie dem Anbietenden zukommt oder zu deſſen Kenntniß gelangt, doch inſofern wirkſam ſein, als im Falle des Todes deſſen, der die Erklärung abgegeben hat, der Erbe deſſelben, im Falle der Entmündigung des Urhebers der Erklärung deſſen nothwendiger Vertreter an die Erklärung gebunden ſind, auch wenn ſie von ihr, bevor ſie dem Anbietenden zugekommen iſt, keine Kenntniß erhalten, alſo die thatſächliche Möglichkeit, ſie zu widerrufen, nicht erlangt haben. Der Widerſpruch iſt aber nur ein äußerlicher, durch die dem Gedanken ſich nicht völlig anſchließende Faſſung hervorgebrachter. Unter der Wirkſamkeit im Sinne des § 74 Abſ. 1 iſt nämlich nicht die Kraft der Erzeugung von Rechtswirkungen überhaupt zu verſtehen, ſondern der Eintritt der dem Inhalte der Erklärung entſprechenden, mit der Abgabe der Erklärung beabſichtigten Rechtswirkungen. Wenn es aber im § 74 Abſ. 3 heißt, daß es auf die Wirkſamkeit der Erklärung ohne Einfluß ſei, wenn der Erklärende nach Abgabe der Erklärung ſterbe oder geſchäftsunfähig werde, ſo kann unter dieſer Wirkſamkeit nicht die — noch nicht eingetretene — Wirkſamkeit im Sinne des § 74 Abſ. 1, ſondern nur das Wirkſamwerden der Willenserklärung im Sinne des § 74 Abſ. 1 verſtanden werden. Die Norm des § 74 Abſ. 3 will alſo beſagen, daß der mit der Abgabe der zur Abſendung beſtimmten Erklärung begonnene Rechtsvorgang der Hervorbringung der mit der Erklärung beabſichtigten Rechtswirkungen durch den Tod oder die Entmündigung deſſen, der die Erklärung abgegeben hatte, nicht beeinflußt wird.

§ 6. C. Ergebniß.

Die vom Entwurf angenommenen Rechtsnormen ſetzen für die unter Abweſenden zu Stande kommenden Verträge an die Stelle des in dem beiderſeitigen Bewußtſein der Willensübereinſtimmung beruhenden Grundes der bindenden Kraft der Verträge, aus welchem die gemeinrechtliche Wiſſenſchaft die für den Abſchluß eines Vertrages unter Abweſenden maßgebenden Normen folgerecht zu entwickeln unternommen hat, ohne allerdings bis jetzt zu einem befriedigenden Abſchluſſe gelangt zu ſein, einen künſtlichen Apparat. An der Brauchbarkeit dieſes Apparates iſt nicht zu zweifeln. Er hat ſich — in ſeinen Haupttheilen wenigſtens, die im allgemeinen preußiſchen Landrechte und im deutſchen Handelsgeſetzbuch zur Anwendung gekommen ſind, — ſchon praktiſch bewährt. Und die Sätze des Entwurfes ſind im Großen und Ganzen wohl geeignet, die in Folge des auf dem fraglichen Rechtsgebiete

herrschenden vielfachen Streites bisher der Rechtsfindung entgegenstehenden Schwierigkeiten befriedigend zu lösen und damit der Rechtsprechung größere Sicherheit und Einheitlichkeit zu geben. Aber das jetzt in Geltung befindliche Willensdogma erleidet durch jene Sätze große Einbuße. Der Apparat, den wir an Stelle der zum Bewußtsein der Betheiligten gelangten Willensübereinstimmung als Vertragsbildner erhalten, wird mit der Absendung des Vertragsangebotes in Bewegung gesetzt. Er erhält einen weiteren Anstoß durch die Absendung der Annahmeerklärung. Als Ergebniß stellt sich die Vertragschließung heraus. Willensänderung, Tod, Entmündigung des einen oder des anderen Theiles, die nach der von demselben geäußerten Thätigkeit eintreten, haben keine oder doch nur eine beschränkte Wirkung. Ein Vertrag kann also zu Stande kommen, auch wenn von dem Zeitpunkte der Absendung des Angebotes bis zu dem Zeitpunkte, in welchem die Annahmeerklärung dem Anbietenden zugekommen ist, Willensübereinstimmung der Personen, zwischen denen der Vertrag zu Stande kommt, gleichzeitig auf beiden Seiten niemals vorhanden gewesen ist. Er kann zu Stande kommen, auch wenn der Anbietende oder derjenige, an den das Angebot gerichtet war, oder beide zur Zeit der Ankunft des Angebotes oder zur Zeit der Ankunft der Annahmeerklärung nicht mehr am Leben oder entmündigt sind. Er kann zu Stande kommen, auch wenn zur Zeit der Abgabe der Erklärungen, aus denen sich der Vertrag zusammensetzt, noch keine der Personen, zwischen denen der Vertragschluß sich vollzieht, am Leben gewesen ist. Die Frage, ob trotz alledem das Willensdogma als das die wissenschaftliche Behandlung des Vertragsrechtes bestimmende Prinzip sich wird aufrecht halten lassen, will ich nicht beantworten, noch weniger an die Frage rühren, wie etwa das Dogma zu ersetzen sein möchte. — Die in Rede stehenden Sätze sind nicht die einzigen, im Entwurf enthaltenen, welche der Aufrechthaltung des Dogmas Schwierigkeiten machen müssen.

§ 7. D. Vertragschließung bei Willensmangel.

In einem Falle nimmt schon das bisher geltende Recht vertragsmäßige Gebundenheit trotz von vornherein vorhandenem Mangel des Verflichtungswillens an, nämlich bei der sogenannten Mentalreservation, also in dem Falle, in welchem der Erklärende in der Absicht der Täuschung eine seinem wahren Willen nicht entsprechende Erklärung dem Anderen gegenüber abgibt. Der Erklärende wird nach der trotz c. 26 X de spons. 4, 1 wohl von Alters her unbestrittenen Meinung an seiner, mit seinem Erklärungswillen übereinstimmenden, wenn auch

ohne Verpflichtungswillen abgegebenen Erklärung festgehalten und mit der Behauptung, daß er nicht seinen wahren Willen erklärt habe, nicht gehört. Der Entwurf hat diesem Grundsatze im § 95 Ausdruck gegeben. — Abgesehen von diesem Falle ist die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Erklärende an den Inhalt seiner mit seinem Willen nicht übereinstimmenden Erklärung gebunden sei, gegenwärtig überaus bestritten.

Lange Zeit war es im gemeinen Recht nicht bloß die herrschende, sondern die wohl unbestritten geltende Meinung, daß bei Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung das Rechtsgeschäft, welches sich als erklärt darstellt, in Wahrheit nicht zu Stande gekommen ist. Erst in neuerer Zeit ist Streit über die Frage entbrannt, welche Wirkung einem Zwiespalte zwischen dem Inhalte der Willenserklärung und dem wahren Willen des Erklärenden beizulegen sei. Der Streit ist von der Wissenschaft noch nicht ausgetragen. Er hat seine Hauptbedeutung für die Willenserklärungen, aus denen sich die Verträge zusammensetzen, also für Vertragsangebot und Annahmeerklärung. Die ältere Theorie hat allmählich an Boden verloren. Den Anlaß dazu gab ein Rechtsfall, der bekannte Lucca-Pistojastreit, dadurch, daß er zu einer Reihe wissenschaftlicher Untersuchungen anregte, die zu der Erkenntniß geführt haben, daß bei Behandlung des in Rede stehenden Zwiespaltes der abstrakte Gesichtspunkt des Willensdogmas zu Gunsten der Anforderungen des praktischen Bedürfnisses aufgegeben werden müsse.

Von der einen Seite (Bähr) wird der Erklärung die ihrem Inhalte nach entscheidende Wirkung ohne Rücksicht auf einen vorhandenen Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung beigelegt, wenn die Erklärung dem Anderen als Ausdruck des wahrens Willens des Erklärenden erschienen ist und dieser Eindruck ihrem Inhalte gemäß ist. Zwischen dieser Ansicht und der dem strengen Willensdogma entsprechenden steht die vermittelnde Auffassung, nach welcher der Arglist, die bei der Mentalreservation den Widerspruch zwischen Erklärung und wahrem Willen wirkungslos macht, grobe Fahrlässigkeit des Erklärenden gleichgestellt wird, vermöge deren der Inhalt einer Erklärung, die mit dem Willen des Erklärenden nicht übereinstimmt, als Wille des Erklärenden sich darstellt. Dieser Standpunkt ist im Entwurf (§ 97 Abs. 1, 2, §§ 98, 99 Abs. 1) angenommen.

Diese Fahrlässigkeit kann darin bestehen, daß der Erklärende, obwohl er den Willen hat, die Erklärung gerade so abzugeben, wie er sie abgibt, doch mit diesem Willen nicht die Absicht verbindet, die seiner Erklärung entsprechenden rechtlichen Folgen herbeizuführen, daß er jedoch auf der anderen Seite sich auch nicht klar macht, wie derjenige, dem gegenüber er die Erklärung abgibt, dieselbe als eine

ernstlich gemeinte, mit dem Verpflichtungswillen abgegebene Erklärung auffassen kann, daß er also zwar ohne die Absicht der Täuschung, aber immerhin in Gleichgültigkeit gegen die Möglichkeit der Täuschung auf die Gefahr hin handelt, daß der Andere sich durch die Erklärung täuschen läßt. Dieser Fall ist im § 97 Abs. 1, 2 vorgesehen. Er steht dem der Mentalreservation nahe.

Dem angegebenen Falle reiht der Entwurf die Fälle an, welche vorliegen, wenn der Mangel der Uebereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen auf einem Irrthume des Urhebers der Erklärung beruht (§ 98). In diesen, der Anwendung des § 98 unterliegenden Fällen wird vorausgesetzt, daß der Erklärende mit seiner Erklärung zwar bestimmte Rechtswirkungen verbinden will, daß jedoch die Erklärung, die er in der Absicht abgibt, jene Rechtswirkungen hervorzurufen, sich nicht genügend erweist, die beabsichtigten Rechtswirkungen hervorzubringen, wohl aber an sich geeignet sein würde, andere, von dem Erklärenden nicht gewollte Rechtswirkungen zur Entstehung gelangen zu lassen. Der Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung kann solchenfalls in mangelhafter Aeußerung des Willens (Versprechen, Verschreiben) seinen Grund haben. Er kann aber auch auf einer unrichtigen Vorstellung des Erklärenden beruhen, vermöge deren die durch jene unrichtige Vorstellung hervorgerufene oder beeinflußte Erklärung, obwohl der Erklärende sich so hat äußern wollen, wie er sich geäußert hat, doch dem wahren Willen des Erklärenden nicht entspricht. Auf den einen wie auf den anderen Fall bezieht sich der § 98. In beiden Fällen spricht der Entwurf von einem Irrthum des Erklärenden als der Ursache des Zwiespaltes zwischen Wille und Erklärung. Gleichgestellt ist diesen Fällen des Irrthums der Fall, welcher vorliegt, wenn der Urheber der Willenserklärung zu deren Uebermittelung an den Empfänger sich einer Mittelsperson bedient hat, durch welche der Wille unrichtig mitgetheilt ist (§ 101).

Darin, daß nicht jeder Irrthum die durch ihn hervorgerufene Willenserklärung nichtig macht, herrscht in den Gesetzgebungen, in der Wissenschaft und in der Rechtsprechung Uebereinstimmung. Aber die Grenzlinie zwischen dem Irrthum, der die Erklärung nichtig macht, und dem, der sie bestehen läßt, ist streitig. Die herrschende Meinung läßt als wesentlich in dem angegebenen Sinne den Irrthum gelten, der sich auf das durch die Willenserklärung beabsichtigte Rechtsgeschäft oder die Rechtsfolge der Erklärung bezieht, sowie den, der die von der Willenserklärung betroffene Sache, und den, der die Person, welcher gegenüber der Erklärende die Willenserklärung abgeben will, betrifft. Als unwesentlich wird nach der herrschenden Meinung der

Irrthum angesehen, der nur den Beweggrund betrifft. Lebhafter Streit besteht betreffs der Frage nach der Bedeutung des Irrthums in Eigenschaften der Sache, die zum Gegenstande der Erklärung gemacht ist. Von der einen Seite (Zitelmann) wird ein solcher Irrthum immer als ein für den Rechtsbestand der Willenserklärung nicht wesentlicher Irrthum im Beweggrunde angesehen. Von anderer Seite wird Gewicht darauf gelegt, ob eine Sache, je nachdem sie die fragliche Eigenschaft habe oder nicht, für eine andere Sache angesehen werden müsse. Diese Ansicht darf noch jetzt als die herrschende bezeichnet werden. Von noch anderer Seite (Hartmann) wird ein Irrthum in Eigenschaften der Sache zwar als Irrthum im Beweggrunde angesehen, aber auch dem Irrthum im Beweggrunde eine den Rechtsbestand des Geschäftes auflösende Wirkung beigelegt, wenn der fragliche Umstand sich als stillschweigende conditio sine qua non des ganzen Handels erkennbar ergibt.

Der Entwurf zieht die Grenze zwischen wesentlichem und unwesentlichem Irrthum dahin, daß die Willenserklärung nichtig sein soll, wenn anzunehmen sei, daß der Urheber der Erklärung bei Kenntniß der Sachlage die Willenserklärung nicht abgegeben haben würde. Letzteres aber soll im Zweifel angenommen werden, wenn ein Rechtsgeschäft anderer Art, die Beziehung des Rechtsgeschäftes auf einen anderen Gegenstand oder die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts unter anderen Personen beabsichtigt worden ist. Dem Irrthum im Beweggrunde wird — abgesehen von einigen Ausnahmefällen — Wirkung auf die Frage der Gültigkeit des Rechtsgeschäfts versagt (§§ 98, 102). Diese Behandlung der Streitfrage ist neu, aber nicht glücklich. Die Schwierigkeit, welche sich dem Bestreben, objektive Merkmale der Wesentlichkeit des Irrthums aufzufinden, bisher entgegengestellt hat, werden mit ihr vermieden. Die Norm würde auch leicht zu handhaben sein. Aber daß sie dem praktischen Bedürfnisse und den Anforderungen der Billigkeit entspricht, darf mit Grund bezweifelt werden. Zwei sich darbietende Beispiele werden dies zeigen.

A hat den Willen, für den B, der mit C in laufender Rechnung steht, Bürgschaft für die Forderung des C aus diesem Geschäftsverkehr bis zu einem bestimmten Betrage unter der Bedingung, daß D Mitbürge sei, zu übernehmen. B will dem C weiteren Kredit nur geben, wenn A die Bürgschaft bis zu einem bestimmten höheren Betrage und bedingungslos übernimmt. A versteht ohne grobes Versehen den Willen des B unrichtig und gibt vermöge dieses Mißverständnisses eine Bürgschaftserklärung ab, welche B als eine seinem Willen entsprechende aufzufassen in der Lage ist. C hat nachmals von dem Mißverständnisse des A erfahren. Er hat aber auch in Erfahrnng gebracht, daß A bei

dem lebhaften Interesse, das er früher an B genommen, bereit gewesen sein würde, die Bürgschaft, um dem B Kredit zu verschaffen und ihm die Fortdauer der Geschäftsverbindung mit C zu ermöglichen, ohne Bedingung und bis zu jenem höheren Betrage zu übernehmen, sofern dies verlangt worden wäre. Die herrschende Meinung würde in diesem Falle dem B, sofern die Bedingung der Uebernahme der Mitbürgschaft Seitens. des D eingetreten wäre, ein Klagrecht gegen A nur auf den Betrag, bis zu welchem A hat Bürge sein wollen, geben. Der Entwurf läßt den A ohne Rücksicht auf den Eintritt der Bedingung bis zu dem höheren Betrage, den A zu bewilligen bereit gewesen sein würde, haften. Der Fall zeigt, daß die Norm des § 98, indem sie zu dem angegebenen, wohl schlechthin unannehmbaren Ergebnisse führen würde, mit dem vermeintlichen Verkehrsbedürfniß unter Hintansetzung der aus dem Willensdogma sich ergebenden Rechtskonsequenz in einer Weise rechnet, daß die vermeintliche Befriedigung des Verkehrsbedürfnisses in ihr Gegentheil umschlägt. — Zweiter Fall: A hat ein Geschäft in Aussicht, das großen Gewinn verspricht. Er hat dazu sofort Geld nöthig, das er sich auf andere Weise nicht verschaffen kann, als durch Veräußerung eines seiner Besitzthümer zu einem verhältnißmäßig geringen Preise. Er bietet das Besitzthum dem B zum Kauf an. B erklärt sich zum Ankauf für einen bestimmten Preis bereit. A versteht aber ohne grobes Versehen den B dahin, daß dieser einen bestimmten höheren Preis zahlen wollte, und erklärt in diesem Irrthume seine Annahme des Angebotes. Das von A bezweckte Geschäft schlägt fehl. Hat B, der in der Lage ist, den Nachweis zu führen, daß A, um baares Geld zu erhalten, bereit gewesen sein würde, das Besitzthum für den geringen Preis zu verkaufen, den er selbst als Käufer dafür hat zahlen wollen, einen Anspruch auf Erfüllung des Kaufvertrages gegen oder nach Zahlung dieses Betrages? Nach der herrschenden Meinung würde eine Klage keinen Erfolg haben können. Nach dem Entwurf würde B mit der Klage durchdringen. Der Erfolg widerspricht aber dem praktischen Bedürfnisse nicht minder, wie der Rechtskonsequenz. — Es würde leicht sein, die Unannehmbarkeit der mit dem § 98 gegebenen Konsequenzen noch für eine Reihe anderer Fälle zu zeigen.

Die Frage, ob ein Irthum in Eigenschaften der Sache unter die Bestimmung des § 98 oder unter die des § 102 zu bringen sei, wird im Entwurf nicht entschieden. Die Sätze des Entwurfs scheinen die Annahme aufzudrängen, daß der im § 98 eingenommene „subjektive" Standpunkt auch für die Entscheidung dieser Frage maßgebend sei, daß also eine Willenserklärung für nichtig erachtet werden soll, wenn bei einem Irrthume in Eigenschaften der Sache nach der Beschaffen-

heit des Irrthums anzunehmen ist, daß der Urheber bei Kenntniß der Sachlage die Willenserklärung nicht abgegeben haben würde. Der Inhalt des § 98 führt nach der Natur der Sache zu der Annahme, daß die Verfasser des Entwurfes eine Nichtigkeit der Willenserklärung auf Grund des § 98 nicht bloß in den für die Frage der Wesentlichkeit des Irrthums in subjektiver Hinsicht besonders ausgezeichneten Fällen des Irrthums in der Art und dem Gegenstande des Rechtsgeschäfts, sowie in den Personen, unter denen das Geschäft zu Stande kommen soll, annehmen, daß sie vielmehr darüber hinaus dem Irrthum Wirksamkeit auf den Bestand des Rechtsgeschäfts eröffnen wollen. Das Erste und Nächste aber, was man jenseits der fraglichen, besonders ausgezeichneten Fälle des Irrthums zu suchen veranlaßt sein möchte, würde der Irrthum in Eigenschaften der Sache sein, der sich in Gesetzbüchern und in Lehrbüchern jenen Fällen mit dem, wenngleich bestrittenen Anspruche auf eine gewisse gleiche Behandlung anzureihen pflegt. Die Motive (I, 199) wollen aber den Irrthum in Eigenschaften der Sache immer nur als einen für den Bestand des Rechtsgeschäfts unwesentlichen Irrthum im Beweggrunde angesehen und den § 98 auf diesen Irrthum nicht bezogen wissen. Die Absicht der Verfasser des Entwurfes scheint also dahin zu gehen, neben den im § 98 besonders ausgezeichneten Fällen noch etwa den Irrthum in Ort und Zeit der Leistung, nicht aber den Irrthum in Eigenschaften der Sache als wesentlich in der Art gelten zu lassen, daß das Rechtsgeschäft wegen eines solchen Irrthums nichtig sein soll, wenn anzunehmen ist, daß der Urheber bei Kenntniß der Sachlage die Willenserklärung nicht abgegeben haben würde. Aber im Entwurf selbst fehlt der Ausdruck dieser Absicht. Wird also in den Entwurf selbst eine der in den Motiven vertretenen Auffassung entsprechende Rechtsnorm, mit welcher die Ausschließung des Irrthums in Eigenschaften der Sache aus dem Bereiche des wesentlichen Irrthums zum Ausdruck gelangt, nicht aufgenommen, so bleibt die Streitfrage unentschieden. Wissenschaft und Rechtsprechung würden daher solchenfalls der Fortsetzung der Versuche, zu einer befriedigenden Lösung der Frage nach der Bedeutung des Irrthums in Eigenschaften der Sache für den Bestand der Willenserklärung zu gelangen, nicht überhoben sein.

Aber auch in den Fällen, in welchen ein Irrthum dem Gegenstande nach, den er betrifft, als wesentlich an sich zu gelten hat, soll er dem Bestande des Rechtsgeschäfts keinen Eintrag thun, wenn dem Urheber der Willenserklärung, der sich in dem Irrthum befindet, grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt (§ 99 Abs. 1). Es gibt also nach dem Entwurf keinen Irrthum mehr, der allein durch sich selbst Willenserklärung und Vertrag aufzuheben vermag, wie sehr auch der Irrthum

die Uebereinstimmung zwischen Erklärung und wahrem Willen hindern und bei beabsichtigtem Vertragschlusse der Annahme einer Willenseinigung entgegenstehen mag. Die grobe Fahrlässigkeit des Irrenden wird vom Entwurf als der Kitt verwendet, durch den das Recht zusammenhält, was sich, mit dem Maßstabe des Willens gemessen, nicht verträgt. Hiermit thut der Entwurf einen weiteren Schritt über das Gebiet des Willensdogmas hinaus. Wird die grobe Fahrlässigkeit dahin bestimmt, daß sie auf einer der Arglist nahekommenden gewissenlosen Gleichgültigkeit gegen das Interesse Anderer beruht, so wird das Verkehrsbedürfniß mit dieser Behandlung des Irrthums wohl auskommen können. Aber die im § 144 Abs. 2 des Entwurfs gegebene Bestimmung, nach welcher grobe Fahrlässigkeit vorliegen soll, wenn die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters in besonders schwerer Weise vernachlässigt wird, macht die Verwendbarkeit des § 99 Abs. 1 zweifelhaft. Man wird eine besonders hochgradige, dicht an die Arglist streifende Verletzung jener Sorgfalt fordern müssen, um durch sie die Aufrechthaltung einer Willenserklärung und eines Vertrages trotz Zwiespalt zwischen Erklärung und Wille und ohne Rücksicht auf den Mangel der Willensübereinstimmung derer, zwischen denen der Vertrag geschlossen werden soll, zu vermitteln.

§ 8. E. Vertragsrecht ohne Betheiligung am Vertragschlusse.

Für den Rechtsgrundsatz, daß ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten mit der Wirkung abgeschlossen werden kann, daß der Dritte selbst aus dem Vertrage unmittelbar berechtigt wird, war im gemeinen Rechte der Boden durch die Entstehung anderer Rechtsnormen, welche mit Grundanschauungen des römischen Rechtes im Widerspruch standen, bereits geebnet worden. Die rechtliche Möglichkeit der Loslösung eines Forderungsrechtes von der Person, die es für sich begründet hatte, durch Uebertragung desselben auf eine andere Person ist ebenso, wie die rechtliche Möglichkeit der Abschließung eines Vertrages durch einen freiwilligen Vertreter in der Art, daß durch den Vertrag unmittelbar nicht der Vertreter, sondern der Vertretene allein berechtigt und verpflichtet wird, allmählich dergestalt zu allgemeiner Geltung gelangt, daß für die ältere Rechtsauffassung nahezu das Verständniß verloren gegangen ist. Die Entstehung der bezeichneten Rechtsgrundsätze war allerdings im Recht selbst schon vermittelt. Die Anerkennung der Möglichkeit der Uebertragung eines Forderungsrechtes selbst war an die Stelle der Möglichkeit der Bestellung eines procurator in rem suam für die Klagerhebung getreten, und die Möglichkeit einer Vertretung

beim Vertragschlusse mit der Wirkung unmittelbaren Rechtserwerbes für den Vertretenen durch die Annahme einer stillschweigenden Abtretung des Rechtes aus dem Vertrage Seitens des Prokurators, der den Vertrag zwar für den Geschäftsherrn, aber im eigenen Namen geschlossen hatte, an den Geschäftsherrn vorbereitet. In ähnlicher Weise hat sich der Rechtsgrundsatz, daß der zu Gunsten eines Dritten abgeschlossene Vertrag unmittelbar dem Dritten einen Anspruch auf die versprochene Leistung gebe, entwickelt. Das praktische Bedürfniß gebot die Vermehrung der im römischen Rechte in spärlicher Anzahl bereits vorhandenen Fälle, in denen für einen Dritten ein Forderungsrecht aus einem Vertrage entstehen konnte. Und allmählich machte sich das Bedürfniß einer Verallgemeinerung der Zulassung des Rechtserwerbs für den Dritten aus dem ohne seine Theilnahme abgeschlossenen Vertrage geltend. Von der einen Seite wurde die Berechtigung des Dritten mit der Unterstellung erklärt, daß zwischen dem Versprechenden und dem Dritten durch das Versprechen und dessen Annahme Seitens des Dritten ein neuer Vertrag zu Stande komme, von anderer Seite — ähnlich dem Rechserwerb durch einen Prokurator — mittelst der Annahme einer stillschweigenden Abtretung des auf Leistung an den Dritten gerichteten Forderungsrechtes Seitens des Vertragschließenden, dem die Leistung versprochen war, an den Dritten selbst. Mit Hülfe dieser Stützen hat der Satz, daß ein Dritter aus einem zu seinen Gunsten geschlossenen Vertrage Rechte erwerben könne, — allerdings immer nur mit der Beschränkung auf die bestimmten Fälle, in denen die Anwendung des Satzes schon durch die römischen Quellen und die Ausdehnung desselben durch unabweisliches praktisches Bedürfniß geboten war, — Eingang in das System und Bürgerrecht in demselben erhalten. Später sind dem Satze jene Stützen entzogen und er ist auf sich selbst gestellt worden in der Art, daß der Wille der Vertragschließenden selbst als der Schöpfer des für den Dritten unmittelbar aus dem Vertrage entstandenen Rechtes angesehen wird und das Recht mit den Voraussetzungen seiner Entstehung und Verwirklichung ausschließlich durch den Willen der Vertragschließenden seine Bestimmungen erhält.

Der Entwurf hat den Satz, daß aus einem zu Gunsten eines Dritten geschlossenen Vertrage der Dritte unmittelbar berechtigt werden kann, ohne die bisher beibehaltene Einschränkung des Satzes auf bestimmte Fälle anerkannt. Er will also dem Grundsatze allgemeine Geltung geben. Die einzelnen aufgestellten Sätze zeigen, daß der Entwurf weder den Gesichtspunkt der Entstehung eines Vertrages zwischen dem Versprechenden und dem Dritten, noch den einer stillschweigenden Abtretung des Rechtes Seitens dessen, dem die Leistung

versprochen ist, an den Dritten angenommen hat. Dem Willen der Vertragschließenden wird vielmehr die Wirkung beigelegt, daß der Dritte aus dem zu seinem Gunsten geschlossenen Vertrage unmittelbar ein Recht auf die Leistung erhält, die er nach dem Willen der Vertragschließenden haben soll. Der Wille der Vertragschließenden ist es auch, dem es nach dem Entwurfe ausschließlich überlassen ist, die Voraussetzungen zu bestimmen, unter denen das Recht des Dritten zur Entstehung und Verwirklichung gelangen soll. Für die Feststellung dieses Willens enthält der Entwurf gewisse gesetzliche Anhaltspunkte. Die Rechtsgedanken des Entwurfes sind in den §§ 412 bis 416 zum Ausdruck gelangt. Wenn man die Rechtsgedanken in Rechtsnormen umsetzt, so möchten sich folgende Sätze ergeben:

1. Ein Vertrag, in welchem der eine der Vertragschließenden sich zu einer Leistung an einen Dritten verpflichtet, kann wirksam mit der Abrede geschlossen werden, daß der Dritte aus dem Vertrage unmittelbar das Recht auf die Leistung gegen den Versprechenden erwerben soll.
2. Die Vertragsschließenden können sich wirksam die Befugniß zur Aenderung oder Aufhebung des die Leistung an den Dritten betreffenden Versprechens vorbehalten.
3. Ein Vertrag über eine Leistung an einen Dritten ist im Zweifelsfalle dahin auszulegen, daß sowohl der Vertragschließende, der sich die Leistung an den Dritten versprechen läßt, ein Forderungsrecht auf die Leistung an den Dritten, als auch der Dritte ein Forderungsrecht auf die Leistung erhalten und daß eine Aenderung oder Aufhebung des Rechtes des Dritten den Vertragschließenden nicht zustehen soll.

   Daraus allein, daß das Recht des Dritten auf die Leistung von einer aufschiebenden Bedingung oder Befristung abhängig gemacht ist, folgt nicht, daß dem Vertragschließenden die Befugniß zur Aenderung oder Aufhebung des Rechtes des Dritten bis zum Eintritte der Bedingung oder dem Ablaufe der Frist vorbehalten sein soll.
4. Das Forderungsrecht wird als nicht entstanden angesehen, wenn der Dritte dasselbe dem Versprechenden gegenüber zurückweist.
5. Die Vertragschließenden können wirksam verabreden, daß Einreden aus dem Vertrage, die demjenigen, der sich zur Leistung an den Dritten verpflichtet hat, gegen den anderen Vertragschließenden zustehen würden, dem Dritten gegenüber nicht geltend gemacht werden können.

Die Aufnahme einer Bestimmung, nach welcher, wie für die Entstehung des Rechtes des Dritten, so auch für den Zeitpunkt der Entstehung der Wille der Vertragschließenden maßgebend sein soll, in das Gesetz (§ 413) halte ich, weil sich der Satz von selbst versteht, für eine nutzlose Beschwerung des Gesetzes. Dagegen scheint die Frage berechtigt zu sein, ob nicht der Anspruch des Dritten gegen den Versprechenden im Falle des Vorbehaltes eines Widerrufes gegen diesen Widerruf vom Zeitpunkte des Beginnes des Rechtsstreites durch Klaganstellung an gefestet sein soll.

Die bindende Kraft eines Vertrages zu Gunsten dessen, der nicht selbst Vertragschließender ist, und damit die Möglichkeit unmittelbaren Rechtserwerbes durch einen Vertragschluß, an welchem derjenige, der einen Vertragserfüllungsanspruch erwirbt, nicht theilgenommen hat, steht im Entwurf nicht ganz unvermittelt da. Wir haben an die Fälle anzuknüpfen, in denen einem Versprechen ohne Annahme Seitens dessen, dem versprochen wird, bindende Kraft zu Gunsten des Letzteren beigelegt wird. Das römische Recht kannte als solche Fälle Pollizitation und Votum. Nur vereinzelt ist die Auffassung vertreten worden, daß auch bei ihnen die verpflichtende Kraft auf die Annahme eines Vortrages zurückzuführen sei. Im Entwurf finden wir den Gedanken, der sich in den Rechtseinrichtungen der Pollizitation und des Votums verwirklicht, bei der Stiftung wieder. Diese, obgleich das Geschöpf des Stifters, erwirbt mit ihrer Entstehung gegen den Stifter den Anspruch auf Herausgabe des Vermögens, das der Stifter bei Errichtung der Stiftung für die letztere hergeben zu wollen erklärt (§§ 58, 62). Während im römischen Rechte Pollizitation und Stiftung die einzigen Fälle waren, in denen eine Willenserklärung ohne das Vorhandensein eines Vertrages zwischen dem Erklärenden und dem, welchem der Erklärende einen Vermögensvortheil zuwenden will, Rechte für den, dem der Vortheil zugewendet werden soll, gegen den Erklärenden begründete, trat zu diesen Fällen im gemeinen Rechte die Auslobung hinzu. Bei derselben ist aber die Frage des wissenschaftlichen Aufbaues streitig. Von der einen Seite wird für sie Anlehnung an die römischrechtliche Pollizitation gesucht, die Auslobung also als ein Fall eines bindenden einseitigen Versprechens hingestellt (Puchta, Sintenis). Andere bringen sie unter den Begriff eines Vertrages, lassen also den Auslobenden erst durch die Annahme des in ihr liegenden Versprechens verpflichtet werden und geben dem Auslobenden die rechtliche Möglichkeit, bis zur Annahme zu widerrufen (Vangerow, Windscheid, Ihering). Der Entwurf behandelt die Auslobung aus dem Gesichtspunkte der Pollizitationstheorie (Motive II, 518 ff.). Er läßt den Widerruf regelmäßig so lange zu, bis die Handlung vollbracht ist, gestattet aber Verzicht

auf die Widerruflichkeit (§ 582) und bezeichnet es, sofern nämlich die Auslobung selbst nicht ein Anderes vorschreibt, als zum Erwerbe des Anspruchs aus dem Versprechen nicht erforderlich, daß die Handlung mit Kenntniß der Auslobung und in Rücksicht auf dieselbe vollbracht worden ist (§ 581 Abs. 2). — Endlich gestattet auch der Aufbau des ganzen Vertragsrechtes, wie ihn der Entwurf in Abweichung vom gemeinen Rechte und im Anschluß an die durch das praktische Bedürfniß hervorgerufene neuere Rechtsentwickelung vollzieht, bis zu einem gewissen Punkte eine Anlehnung des Rechtssatzes, daß der Dritte, zu dessen Gunsten ein Vertrag geschlossen worden, aus dem Vertrage unmittelbar berechtigt werde, an die Rechtssätze, nach welchen derjenige, der zum Zwecke eines Vertragschlusses eine Erklärung abgibt, an diese Erklärung auch vor dem Zustandekommen des Vertrages gebunden ist. Der Kreis der Erklärungen, die den Erklärenden auch ohne das Vorhandensein eines Vertrages zwischen ihm und demjenigen, zu dessen Gunsten die Erklärung abgegeben wird, verpflichten, ist damit wesentlich erweitert. Der Grundsatz der Zulassung unmittelbaren Rechtserwerbes durch den Dritten, zu dessen Vortheil ein Vertrag geschlossen ist, scheint also seine Regelwidrigkeit einigermaßen dadurch verlieren zu sollen, daß der Entwurf eine Reihe von Rechtssätzen aufstellt, die ähnlichen Gedanken Ausdruck geben.

§ 9. III. Bedingung.

Bis zum Erscheinen der Schrift Windscheids: „Die Lehre von der Voraussetzung“ (1850) galten Bedingung, Befristung, Modus (Endzweck, Auflage) als die Nebenbestimmungen, welche den Rechtsgeschäften behufs Beschränkung ihrer Wirksamkeit beigefügt werden können. Seitdem erhebt die Voraussetzung den noch sehr bestrittenen Anspruch darauf, an die Stelle des Modus gesetzt zu werden. Der Entwurf hat in seinen allgemeinen Theil nur Sätze über Bedingung und Befristung aufgenommen. Im besonderen Theile finden die Begriffe der Auflage und der Voraussetzung Verwendung, der erstere als Beschränkung der Wirksamkeit von Schenkungen (§ 448) und letztwilligen Zuwendungen (§ 1757), der letztere als Beschränkung der Wirksamkeit von Vergleichen (§ 667 Abs. 2), von letztwilligen Verfügungen (§ 1781) und Erbeinsetzungsverträgen (§ 1949), sowie bei Bestimmung der Erfordernisse des der condictio ob causam nachgebildeten Rückforderungsanspruchs (§§ 742—744).

Die aufschiebende Bedingung umfaßt nach der jetzt herrschenden, auf Thibaut zurückzuführenden Lehre den rechtsgeschäftlichen Willen unmittelbar dergestalt, daß der Wille selbst vermöge der Bedingung

ein wesentlich anderer ist, als er ohne sie sein würde. Die auflösende Bedingung gilt dagegen als ein dem Rechtsgeschäft beigefügter Vorbehalt, dessen auflösende Wirksamkeit von einer aufschiebenden Bedingung abhängt. Praktische Bedeutung hat die Lehre für die Vertheilung der Beweislast, indem in ihr die Nöthigung gefunden worden ist, in der Behauptung, daß die Rechtswirkung der zur Grundlage eines Anspruchs gemachten Willenserklärung von einer aufschiebenden Bedingung abhängig gemacht sei, eine die Beweispflicht des Streitgegners bedingende Klagverneinung zu erkennen, die Behauptung einer auflösenden Bedingung aber als Aufstellung einer Einrede aufzufassen, welche von dem, der sie geltend macht, zu beweisen ist. Der Entwurf hat der herrschenden Auffassung die Folge versagt. Er behandelt im bewußten Anschlusse an die französische Jurisprudenz die auflösende Bedingung gegenüber der Beweislast wie die aufschiebende: Vertheidigt sich dem auf ein Rechtsgeschäft gegründeten Anspruche gegenüber der Streitgegner mit der Behauptung, daß das Rechtsgeschäft unter einer Bedingung zu Stande gekommen sei, so hat derjenige, der die Bedingung bestreitet, in allen Fällen, gleichviel ob eine auflösende oder eine aufschiebende Bedingung behauptet ist, den Beweis zu führen, daß das Geschäft ohne die Bedingung geschlossen sei (§ 196). Aus den Motiven (I, 251, 267, 384) ergibt sich, daß die Verfasser über die Frage, ob die auflösende Bedingung als eine auf die Wiederaufhebung der Wirkungen der Hauptwillenserklärung gerichtete Nebenwillenserklärung aufzufassen sei, sich nicht schlüssig gemacht haben. Die gleiche Behandlung der auflösenden und der aufschiebenden Bedingung beruht auf der Erwägung, daß, auch wenn die auflösende Bedingung als Nebenwillenserklärung anzusehen sein möchte, doch das Verhältniß beider Willenserklärungen zu einander nicht wie das zweier trennbarer, verschiedenen Schicksalen unterliegender Rechtsgeschäfte behandelt werden könne. Dieser Erwägung stehen Bedenken entgegen. Wird von der herrschenden Lehre, die sich auch im preußischen Recht Bahn gebrochen hat, auf Grund der im gemeinen Recht noch von einigen Schriftstellern (Bekker, Seuffert) vertretenen Auffassung, daß die auflösende Bedingung mit dem Rechtsgeschäfte selbst ein nicht minder einheitliches Ganze bilde, als die aufschiebende, abgewichen, so wird sich die Rechtsprechung ohne Schwierigkeit mit der Lösung der Streitfrage abfinden. Würde aber die obige Erwägung zur Auslegung des § 196 herangezogen, so wären Schwierigkeiten für die Rechtsprechung zu erwarten. Man käme mit ihr zu dem Ergebnisse, daß in den Fällen, in welchen der Beklagte einer Vertragserfüllungsklage gegenüber mit der Behauptung einer dem Vertrage beigefügten, den geltend gemachten Anspruch ausschließenden Nebenabrede sich vertheidigt, dem Kläger der Beweis, daß die Abrede

nicht getroffen sei, obläge. Dies Ergebniß würde sich als schädlich erweisen. Der Wortlaut des § 196 nöthigt übrigens nicht zur Annahme des Satzes, zu dem die in den Motiven enthaltene Erwägung führen muß.

Die aus dem Entwurf sich ergebenden, den Schwebezustand der Bedingung betreffenden Rechtsnormen schließen sich wesentlich dem geltenden Rechte an. Der Entwurf stellt den Satz auf: „Das bedingte Recht und die bedingte Verpflichtung sind nach den für das unbedingte Recht und die unbedingte Verpflichtung geltenden Vorschriften vererblich“ (§ 132). Die Fassung deutet auf die Absicht hin, einen Satz von allgemeiner Geltung aufzustellen. Der Satz soll aber in der Allgemeinheit, in der er aufgestellt ist, nur von Rechtsgeschäften unter Lebenden gelten. Für letztwillige Zuwendungen unter aufschiebender Bedingung ist im § 1761 festgesetzt, es sei im Zweifel anzunehmen, daß die Zuwendung unwirksam werden solle, wenn der Bedachte die Erfüllung der Bedingung nicht erlebe. Alles dies ist geltendes Recht. Eine Ausnahme macht der Entwurf für den Nacherben. Ueberlebt derselbe den Erblasser, so geht sein Recht, auch wenn er den Fall der Nacherbfolge selbst nicht erlebt, auf seine Erben über, sofern nicht anzunehmen ist, daß seine Einsetzung als Nacherben durch seinen vor dem Falle des Eintrittes der Nacherbfolge eingetretenen Tod unwirksam werden solle (§ 1810).

Als die aus dem Rechtsgedanken der Gebundenheit des bedingt Verpflichteten während der Schwebezeit der Bedingung sich ergebenden Rechtswirkungen stellt der Entwurf hin: 1. einen von dem Vorhandensein der Erfordernisse eines Arrestschlages oder von der Konkurseröffnung über das Vermögen des bedingt Verpflichteten abhängigen Anspruch des bedingt Berechtigten auf Sicherheitsleistung und die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung (§ 133), 2. einen mit der Erfüllung der Bedingung entstehenden Anspruch des Berechtigten auf Schadensersatz für den Fall, daß der bedingt Verpflichtete vorsätzlich oder unter Verletzung der von ihm nach dem Inhalte des Rechtsverhältnisses zu beobachtenden Sorgfalt während der Schwebezeit der Bedingung das bedingte Recht vereitelt oder beeinträchtigt hat (§ 134), 3. die mit der Erfüllung der Bedingung eintretende Unwirksamkeit der in der Schwebezeit über den Gegenstand des Rechtsgeschäftes von dem bedingt Verpflichteten oder durch Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung gegen denselben getroffenen Verfügungen, soweit darin eine Vereitelung oder Beeinträchtigung der für den Fall der Erfüllung der Bedingung beabsichtigten Wirkung des Rechtsgeschäftes liegt (§ 135), 4. die gegen den bedingt Verpflichteten, der die Erfüllung der Bedingung in einer dem Inhalte

des Rechtsgeschäftes zuwiderlaufenden Weise verhindert, eintretende Wirkung, daß die Bedingung als erfüllt gilt (§ 136). Diese Rechtssätze, von denen der zu 1 aufgeführte in der Art beschränkt ist, daß der Anspruch auf Sicherheitsleistung nicht stattfindet, wenn das bedingte Recht wegen der entfernten Möglichkeit der Erfüllung der Bedingung als ein gegenwärtiger Vermögensbestandtheil sich nicht betrachten läßt, der zu 3 bemerkte aber nur unbeschadet der zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten ableiten, gegebenen gesetzlichen Bestimmungen gelten soll, schließen sich an das bestehende Recht an, das sie theils unverändert wiedergeben, theils zum Besten der Erleichterung der Rechtsfindung näher bestimmen.

Den alten Streit über die Frage nach der rückwirkenden Kraft der Erfüllung der Bedingung entscheidet der Entwurf für aufschiebende wie für auflösende Bedingungen dahin, daß er die rechtliche Wirkung der Erfüllung der Bedingung erst mit dem Zeitpunkte dieser Erfüllung, ohne der letzteren rückwirkende Kraft beizulegen, eintreten läßt, sofern nicht aus dem Inhalte des Rechtsgeschäfts sich ergibt, daß der Eintritt oder die Beendigung der rechtlichen Wirkung des Rechtsgeschäftes auf einen früheren Zeitpunkt zurückbezogen werden soll (§§ 128 bis 130). Damit ist auch die — vom Entwurf anderweit nicht berührte — Streitfrage, wem die in der Schwebezeit von dem Gegenstande des Rechtsgeschäfts gezogenen Nutzungen zufallen, dahin entschieden, daß sie, wenn das Rechtsgeschäft nicht einen anderen Willen erkennen läßt, dem bedingt Verpflichteten gebühren. Unabhängig von der Frage der rückwirkenden Kraft der Bedingung sind die in den §§ 345 bis 347 angenommenen Sätze, nach welchen ein unter aufschiebender Bedingung über eine unmögliche oder durch Gesetz verbotene Leistung geschlossener Vertrag, ebenso wie ein unter aufschiebender Bedingung geschlossener Vertrag, dessen Schließung selbst durch Gesetz verboten ist, gültig wird, wenn die Unmöglichkeit oder das Verbotsgesetz zur Zeit der Erfüllung der Bedingung nicht mehr besteht.

Die fernere Streitfrage, ob mit der Erfüllung der auflösenden Bedingung der frühere Rechtszustand von selbst wieder eintritt oder nur ein persönlicher Anspruch desjenigen, zu dessen Gunsten die Bedingung beigefügt war, auf Wiederherstellung des früheren Zustandes entsteht, entscheidet der Entwurf dahin, daß er den früheren Zustand von Rechts wegen wiederhergestellt werden läßt (§ 129).

Der Entwurf erklärt das Rechtsgeschäft, dem eine unverständliche oder widersinnige Bedingung beigefügt ist, für nichtig (§ 139). Ebenso das Rechtsgeschäft, welches durch die Art der ihm zugefügten Bedingung sich als ein durch das Gesetz verbotenes oder als ein solches erweist, dessen Inhalt gegen die guten Sitten oder die öffentliche

Ordnung verstößt (§§ 105, 106). Alles dies gilt von letztwilligen Verfügungen ebenso wie von Rechtsgeschäften unter Lebenden. Durch diese gleiche Behandlung letztwilliger Verfügungen mit Rechtsgeschäften unter Lebenden wird völlig neues Recht geschaffen. Keines der in Deutschland geltenden Gesetzbücher hat den römisch-rechtlichen Grundsatz, nach welchem Bedingungen, welche eine Willenserklärung unter Lebenden nichtig machen, für nicht hinzugefügt gelten, wenn sie einer letztwilligen Verfügung beigefügt sind, so bewußt abgeworfen, wie der Entwurf.

Auch ein der Vergangenheit angehöriger Umstand kann nach dem Entwurf Gegenstand einer Bedingung sein. Den Fall, in welchem zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts die dem Geschäft beigefügte Bedingung bereits erfüllt oder ausgefallen, die Erfüllung oder der Ausfall aber nicht bekannt ist, behandelt der Entwurf betreffs des Anspruchs auf Sicherstellung und der Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung wie andere Fälle bedingter Rechtsgeschäfte (§ 137 Abs. 2). Die Bedingung kann nach dem Entwurf ferner in einer Handlung bestehen, deren Vornahme von der Willkür des Verpflichteten abhängt. In beiderlei Hinsicht schließt sich der Entwurf dem geltenden Rechte an.

Die nothwendige Bedingung übergeht der Entwurf mit Recht. Sie ist keine Bedingung und bedarf keiner Berücksichtigung im Gesetzbuch. Die Lehrbücher mögen sich mit ihr beschäftigen, insofern dies für die Bestimmung und Abgrenzung des Begriffs der Bedingung förderlich erscheint. Der im § 138 aufgestellte Satz, welcher die Verpflichtung, der als aufschiebende Bedingung das bloße Wollen des Verpflichteten beigefügt ist, für unwirksam erklärt, scheint, da sich sein Inhalt von selbst versteht, auf die Bedeutung einer der Aufnahme in das Gesetzbuch bedürftigen Rechtsnorm ebenfalls keinen Anspruch machen zu können. Dasselbe gilt von dem Satze des § 140, daß durch Beifügung einer Bedingung, welche die rechtliche Wirkung von einem Umstande abhängig macht, von dem dieselbe auch ohne den Willen des Erklärenden abhängig ist, an der rechtlichen Bestimmtheit des Verhältnisses nichts geändert werden soll. Auch dieser Satz mag zur Aufnahme in ein Lehrbuch, das dazu bestimmt ist, die Rechtsbegriffe klar zu legen, geeignet sein. In das Gesetzbuch, welches Rechtsnormen enthalten soll, gehört er nicht. Im § 137 hat der Gedanke Ausdruck gefunden, daß das Rechtsgeschäft, wenn zur Zeit seiner Vornahme die demselben beigefügte Bedingung schon erfüllt oder ausgefallen und die Erfüllung oder der Ausfall bekannt war, je nach der Beschaffenheit der Bedingung als unbedingt errichtet oder als unwirksam angesehen werden soll. Auch für einen solchen Satz

ist ein Bedürfniß nicht anzuerkennen. Der Fall, daß ein Ereigniß, von welchem zur Zeit der Vornahme eines Rechtsgeschäftes der Handelnde oder die Handelnden wissen, daß es schon eingetreten sei oder nicht eintreten werde, zu diesem Rechtsgeschäft in die Beziehung einer Bedingung gebracht wird, dürfte kaum vorkommen. Und wenn er vorkäme, so würde aus dem Wesen der Bedingung sich die Lösung von selbst ergeben. Dagegen läßt sich der Fall als möglich unterstellen, daß bei Beurtheilung eines bedingten Rechtsgeschäftes, als dessen Bedingung sich äußerlich ein der Vergangenheit angehöriges Ereigniß, über dessen Eintritt oder Nichteingetretensein keine Ungewißheit besteht, darstellt, die Frage zweifelhaft sein kann, ob der Handelnde oder die Handelnden bei Vornahme des Rechtsgeschäftes eine Wiederholung des Ereignisses in das Verhältniß einer Bedingung zu dem Rechtsgeschäfte haben bringen wollen. Für diesen Fall würde die Entscheidung dahin zu gehen haben, daß, wenn nicht das Vorhandensein einer auf die Bedingung jener Wiederholung gerichteten Absicht festgestellt werden könnte, das Rechtsgeschäft, sofern die Bedingung als aufschiebende formulirt ist, als bedingungslos eingegangen, sofern sie als auflösende hingestellt ist, als von vornherein unwirksam angesehen werden müßte. Ob ein solcher Gedanke bei Abfassung des § 137 vorgeschwebt hat, ist nicht zu erkennen. Die Aufstellung einer besonderen Rechtsnorm würde indeß selbst der besprochene Fall nicht angezeigt erscheinen lassen.

IV. Verschuldung.

§ 10. A. Fahrlässigkeit. Grobe Fahrlässigkeit.

Der Entwurf hat bei Bestimmung des Maßes der Sorgfalt, die im Rechtsverkehr überhaupt anzuwenden ist, den diligens pater familias des römischen Rechtes sich nutzbar gemacht und denselben in einen ordentlichen Hausvater umgewandelt. Von anderer Seite war aus dem diligens pater familias für den heutigen Gebrauch ein Mensch gemacht worden, der dem, was er vornimmt, völlig gewachsen ist, der seine Kräfte auch anwendet, damit seine Geschäfte guten Fortgang nehmen, und der zugleich in seinem Wirkungskreise auf Ordnung hält (Mommsen). Noch Andere haben den diligens pater familias als einen ordentlichen Menschen, als einen ordentlichen Mann bestimmt. Von dem ordentlichen Hausvater des Entwurfs darf angenommen werden, daß er seine Schuldigkeit ebenfalls thun wird.

Fahrlässigkeit nennt der Entwurf Vernachlässigung der Sorgfalt, die ein ordentlicher Hausvater in seinen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, grobe Fahrlässigkeit die in besonders schwerer Weise stattfindende

Vernachlässigung derselben (§ 144). Der Begriff der groben Fahrlässigkeit entspricht nicht ganz dem der culpa lata. Dieser letztere Begriff ist umstritten. Während unter culpa lata von der einen Seite eine Art der Arglist, nämlich Arglist ohne Niedrigkeit und Gemeinheit des Motivs (Binding), von anderer eine über alle Grenzen gehende Nachlässigkeit, eine Nichtbeachtung dessen, was Jedem einleuchten muß, also eine gänzliche Gleichgültigkeit gegen seine Pflichten verstanden wird (Windscheid, Dernburg), erkennen noch Andere (Mommsen) in ihr ein Handeln oder Unterlassen, bei welchem derjenige, um dessen Verschuldung es sich handelt, in einem nicht entschuldbaren Irrthume darüber, daß seine Handlung oder Unterlassung den rechtsverletzenden Erfolg haben werde, oder daß der Erfolg ein rechtsverletzender sei, sich befunden hat. Bei der Verwendung, welche die Berufung auf grobes Versehen als Mittel der Aufrechthaltung eines Vertragschlusses trotz vorliegendem Irrthume im Entwurfe gefunden hat (vgl. oben § 7 a. E.), würde eine Verschärfung des Begriffes, so daß seine Grenzen sich verengern und mit den u. A. von Windscheid und Dernburg gezogenen Grenzen übereinstimmen, die Handhabung der in Frage stehenden Bestimmungen wesentlich erleichtern, ohne im Uebrigen, da jene empfohlenen Grenzen der im gemeinen Rechte herrschenden und auch in der gemeinrechtlichen Rechtsprechung mit gutem Erfolge wohl allgemein angenommenen Auffassung entsprechen, nachtheilig wirken zu können.

Fahrlässigkeit kann neben arglistigem Verhalten an und für sich, nämlich unabhängig davon, ob anderweit rechtliche Beziehungen zwischen dem nunmehr Berechtigten und dem Verpflichteten bestehen, Grund einer Haftung sein, (sogenannter außerkontraktlicher Schaden). Sie kann bei Rechtshandlungen vorkommen, die auf die Begründung eines Rechtsverhältnisses abzielen (culpa in contrahendo). Sie kann endlich innerhalb eines schon bestehenden Haftungsverhältnisses dem Verpflichteten zur Last fallen.

§ 11. B. Sogenannter außerkontraktlicher Schaden.

Haftung aus sogenannter außerkontraktlicher Verschuldung fand im römischen Rechte nur bei dem Vorhandensein des Thatbestandes der bestimmten im Rechte vorgesehenen Privatdelikte statt. Im gemeinen Rechte wurde die Haftung erweitert und bei jeder außerkontraktlichen Verschuldung ein Schadensersatzanspruch gegeben. Nach dieser, mit einer gewissen Einschränkung betreffs des Umfanges der Haftung (A.L.R. I, 6 § 12) in das preußische Recht übergegangenen Auffassung findet bei außerkontraktlichem Schaden, für dessen Ersatz nicht eine der

bestimmten Deliktsklagen verwendbar erscheint, eine der actio legis Aquiliae nachgebildete actio in factum statt. Gegen solche Ausdehnung der Schadensersatzpflicht ist in neuerer Zeit mit Erfolg Widerspruch erhoben worden (Jhering, Windscheid). Der Entwurf hat den Streit dahin entschieden, daß eine Haftung für sogen. außerkontraktliche Verschuldung nur stattfinden soll, wenn die schädigende, auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Handelnden zurückzuführende Handlung eine widerrechtliche ist. Den Schaden, der durch eine aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit begangene widerrechtliche Handlung einem Anderen zugefügt wird, hat der Handelnde, welcher die Entstehung des Schadens, wenn auch nicht den Umfang desselben, vorausgesehen hat oder bei Beobachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters voraussehen mußte, zu ersetzen (§ 704, Abs. 1). Als widerrechtlich soll auch eine an sich erlaubte Handlung gelten, wenn sie einem Anderen zum Schaden gereicht und ihre Vornahme gegen die guten Sitten verstößt (§ 705). Wenn aber aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit durch eine widerrechtliche Handlung das Recht eines Anderen verletzt wird, so soll der Handelnde zum Schadensersatze selbst in dem Falle verpflichtet sein, daß die Entstehung des Schadens nicht vorauszusehen war (§ 704, Abs. 2).

Die Fassung dieser Rechtssätze ist keine ganz glückliche. Es ist nicht klar, wie der Entwurf die Bedeutung der Widerrechtlichkeit und die der Verletzung des Rechtes eines Anderen in ihrem Verhältniß zur Schadensersatzpflicht bestimmen will. Wenn nämlich der Entwurf neben den im § 704 Abs. 1 bestimmten Folgen einer widerrechtlichen Handlung im § 704 Abs. 2 die Folgen einer durch eine widerrechtliche Handlung begangenen Verletzung des Rechtes eines Anderen festsetzt, so muß man annehmen, daß die durch Vorsatz oder Fahrlässigkeit begangene Verletzung des Rechtes eines Anderen an sich noch keine widerrechtliche Handlung sein soll, und daß ihr, wenn sie die im § 704 Abs. 2 ihr beigelegten Folgen nach sich ziehen soll, noch ein anderes Erforderniß der Widerrechtlichkeit anzuhaften hat. Man ist also genöthigt, an die Frage heranzutreten, welches Erforderniß gemeint ist. Der Entwurf enthält die Lösung des Räthsels nicht. Nach den Motiven (II, 725 f.) soll unter der widerrechtlichen Handlung des § 704 Abs. 1 ein Handeln gegen ein absolutes Verbotsgesetz verstanden werden. Zum Verständniß des § 704 Abs. 2 aber wird in den Motiven bemerkt, ebenso zweifellos widerrechtlich, wie die Uebertretung eines Verbotsgesetzes, sei die Verletzung des einem Anderen zustehenden absoluten Rechtes. Der erste Satz des § 704 soll also die Schadensersatzpflicht, welche aus der Uebertretung eines Verbotsgesetzes entsteht, normiren, der zweite über die Schadensersatzpflicht Bestimmung treffen, welche sich aus der Verletzung des subjektiven Rechtes eines Anderen

ergibt. Man wird sagen dürfen, daß diese Absicht der Verfasser des Entwurfs sich hinter den Worten des § 704 verbirgt. Und man sieht nicht, aus welchem Grunde der Entwurf die einfachen Sätze, die er nach den Motiven aussprechen will, wie angegeben, verhüllt.

Logisch mangelhaft erweist sich die Fassung des § 705. Derselbe will ausdrücken, daß dem Verbotsgesetze, welches eine Handlung zu einer widerrechtlichen stempelt, der in der Vornahme einer Handlung liegende Verstoß gegen die guten Sitten gleichgestellt sein soll. Was soll aber das im § 705 enthaltene Erforderniß, daß die Handlung einem Anderen zum Schaden gereiche, besagen? Ohne Schaden besteht kein Schadensersatzanspruch. Aber widerrechtlich kann eine Handlung nach dem richtig verstandenen Gedanken des § 705 doch nur dadurch werden, daß der Entwurf der Verletzung eines Verbotsgesetzes die Verletzung der guten Sitten gleichstellt.

Ein anderes Bedenken betrifft den Schlußsatz des § 704 Abs. 2. Als Verletzung eines subjektiven Rechtes im Sinne des § 704 Abs. 2 soll nach dem Schlußsatze des Parapraphen auch die Verletzung des Lebens, der Gesundheit, der Freiheit und der Ehre angesehen werden. Die Motive (II, 727) bemerken, daß unter den Rechten des § 704 Abs. 2 die absoluten Rechte zu verstehen seien, also außer den im Schlußsatze des Paragraphen angegebenen „Rechten“ auch die Rechte, die nach der hergebrachten Auffassung mit einer actio in rem geschützt werden, nicht die persönlichen Rechte gegen einen bestimmten Verpflichteten. Der § 704 giebt dieser Beschränkung keinen Ausdruck. Dieselbe liegt auch nicht in der Natur der Sache, und ihre Begründung in den Motiven ist zu beanstanden. Auch der Forderungsberechtigte bedarf eines gewissen absoluten, dem Schutze der actiones in rem nachgebildeten Rechtsschutzes gegen Verkümmerungen seines Forderungsrechtes Anderen als dem Schuldner gegenüber. Dies Bedürfniß wird in den Motiven nicht anerkannt. Daß es besteht, ergibt sich daraus, daß dem Gläubiger, dessen Forderungsrecht von dem Gläubiger eines Anderen als ein diesem letzteren gehöriges Recht im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Sicherheitsarrestes gepfändet worden ist, eine Klage, um der Pfändung zu widersprechen und die Verkümmerung des Forderungsrechtes zu beseitigen, gegen den, der die Pfändung betrieben hat, nicht versagt werden kann (R.G. Entsch. IV S. 111, XII S. 379). In einem solchen Falle enthält die Pfändung aber auch die Verletzung des subjektiven Rechtes eines Anderen. Und man wird, dem im § 704 angenommenen Rechtsgedanken folgend, trotz den Motiven eine Schadensersatzklage bei vorsätzlichem oder fahrlässigem Verhalten dessen, der die Zwangsvollstreckung oder den Arrest betrieben hat, ebenso geben

müssen, wie wenn die Pfändung eine im Eigenthume eines Dritten stehende körperliche Sache betroffen hat.

12. C. Verschulden bei Vertragsunterhandlungen.

Verschulden bei Vertragsunterhandlungen und seine Folgen sind in neuerer Zeit Gegenstand vielfacher Erörterungen gewesen. Diese Erörterungen stehen im Zusammenhange mit den Untersuchungen, welche die Bedeutung des Zwiespaltes zwischen Wille und Erklärung der Möglichkeit des Zustandekommens eines Vertrages gegenüber betreffen. Man hat das Bedürfniß erkannt, bei Vertragsunterhandlungen, aus denen ein Vertragschluß mit den auf der Willenseinigung beruhenden Vertragsrechten nicht entstanden ist, sei es, daß die Voraussetzungen der Entstehung von Anfang an gefehlt haben, sei es, daß von der einen oder der anderen Seite die Entstehung gehindert worden ist, demjenigen, der in Folge seiner durch das Verhalten des Anderen veranlaßten, aber demnächst getäuschten Erwartung des Zustandekommens eines Vertrages Schaden gelitten hat, gegen den Anderen einen Anspruch auf Schadensersatz, auf das sogen. negative Vertragsinteresse (Jhering), zu geben. Von anderer Seite (Mommsen) ist ein solches Forderungsrecht des Geschädigten bestritten worden. Das Bedürfniß, welches schon in der älteren gemeinrechtlichen Theorie einer Schadensersatzklage wegen Verschuldens bei Vertragsunterhandlungen im Anschlusse an die Erweiterungen der actio legis Aquiliae Bahn gebrochen und im preußischen Rechte ebenfalls zur Zulassung einer Schadensersatzklage aus dem bei Abschluß eines Vertrages begangenen Versehen geführt hatte (A.L.R. I, 5, § 284), hat aber obgesiegt. Und die herrschende Meinung erkennt ein Klagrecht des bei Vertragsunterhandlungen, die zu keinem Vertragschlusse geführt haben, durch das Verhalten des anderen Theiles Geschädigten auf Schadensersatz in einer Reihe von Fällen an. Aus der Behandlung derselben ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz gewonnen worden, nach welchem derjenige, welcher bei Vertragsunterhandlungen durch Fahrlässigkeit den anderen Theil schädigt, für den Ersatz dieses Schadens haftet.

Der Entwurf hat einen allgemeinen Rechtssatz des angegebenen Inhalts nicht aufgestellt. In einigen jener Fälle hat er eine Klage auf Leistung des sogenannten negativen Vertragsinteresses allerdings gegeben, in anderen aber für das praktische Bedürfniß in anderer Weise, als durch Gewährung eines Entschädigungsanspruchs Sorge getragen. Die herrschende Meinung nimmt an, daß ein unter Abwesenden gemachtes Vertragsangebot zwar bis zum Zeitpunkte des Vertragschlusses selbst von dem Anbietenden zurückgenommen werden kann,

daß aber der Anbietende, wenn er widerruft, dem, der das Angebot angenommen und im Vertrauen auf das Wort des Anbietenden sein Verhalten dem Vertrage, dessen Zustandekommen zu erwarten war, angepaßt, dadurch aber Schaden erlitten hat, Ersatz dieses Schadens zu leisten verpflichtet ist. Der Entwurf läßt den Anbietenden der Regel nach an sein Vertragsangebot von dem Zeitpunkte an, in welchem es dem Anderen zukommt, gebunden sein (oben § 4). Der Ausnahmefall vertragsmäßiger Ausschließung jenes Gebundenseins scheint eine Vorsorge des Rechtes dahin, daß bei einem Widerrufe des Vertragsangebotes ein Anspruch auf das negative Vertragsinteresse gegeben werde, nicht zu erfordern.

Auch in dem Falle, in welchem derjenige, der das Vertragsangebot gemacht hat, stirbt und das letztere damit nach der hergebrachten Auffassung die Möglichkeit verliert, durch Annahme zum Vertragschluß zu führen, wird ein Anspruch auf das negative Vertragsinteresse gegen die Erben des Anbietenden zugebilligt (Windscheid). Der Entwurf läßt regelmäßig die Erben des Anbietenden an das Vertragsangebot ebenso gebunden sein, wie den Erblasser (§ 89). Von dem Ausnahmefalle vertragsmäßiger Ausschließung des Gebundenseins der Erben gilt, was oben gesagt ist.

Ein Anspruch auf das negative Vertragsinteresse wird ferner bei einem Widerrufe der Auslobung zu Gunsten dessen anerkannt, der mit der vorgeschriebenen Thätigkeit begonnen und zum Zwecke derselben Aufwendungen gemacht hat (Windscheid). Der Entwurf erkennt einen solchen Anspruch nicht an.

In den Fällen, in denen nach der älteren Meinung (oben § 7) ein Widerspruch zwischen dem wahren Willen und der Willenserklärung den Vertragschluß unmöglich macht, wird demjenigen, der sich dem scheinbar zu Stande gekommenen Vertrage gemäß verhalten und dadurch Schaden erlitten hat, ein Anspruch auf Schadensersatz gegen den, der den Irrthum verschuldet hat, gegeben. Der Entwurf hat für diese Fälle die Ansicht derer angenommen, die bei einer groben Fahrlässigkeit dessen, welcher zu dem Irrthume Veranlassung gegeben, den Vertrag als zu Stande gekommen ansehen (§§ 98, 99 Abs. 1). Es bleibt mithin noch der Fall übrig, in welchem die Fahrlässigkeit dessen, der den Irrthum veranlaßt hat, keine grobe ist. In diesem Falle läßt der Entwurf den, dem die Fahrlässigkeit zur Last fällt, für Schadensersatz, aber nicht über den Betrag hinaus haften, den er bei Voraussetzung der Gültigkeit der Willenserklärung wegen Nichterfüllung der daraus entstandenen Verpflichtung zu ersetzen gehabt hätte (§§ 97, 98). Hier kommt also die Lehre vom negativen Vertragsinteresse zur Geltung.

Auch in dem Falle, in welchem der Rechtswirksamkeit eines Vertrages die persönliche Geschäftsunfähigkeit des einen Theiles entgegensteht, wird demjenigen, der im Vertrauen auf die Rechtswirksamkeit Schaden erlitten hat, eine Klage gegen den Anderen, der den Irrthum verschuldet hat, auf Schadensersatz gegeben (Ihering). Einen ähnlichen Rechtsgedanken spricht das allgemeine preußische Landrecht (I, 5 § 33) aus. Der Entwurf enthält eine dem in Frage stehenden Bedürfnisse abhelfende Bestimmung nicht.

Zu den Fällen, in denen eine Klage auf das sogenannte negative Vertragsinteresse wegen Verschuldung gegeben wird, gehört ferner der Fall einer schon zur Zeit der Abgabe des Leistungsversprechens vorhandenen objektiven Unmöglichkeit der Leistung (Verkauf einer nicht vorhandenen Erbschaft, Verkauf einer res extra commercium). Derjenige, dem die unmögliche Leistung versprochen worden ist, hat, wenn er selbst ohne eigene Schuld die Leistung für möglich gehalten, Anspruch auf Schadensersatz. Es wird aber darüber gestritten, ob ihm der Anspruch nur bei grober Fahrlässigkeit des Versprechenden (Mommsen) oder auf Grund der Verschuldung, die darin gefunden werden muß, daß der Andere die Leistung versprochen hat, ohne der Möglichkeit, das Versprochene zu leisten, völlig gewiß zu sein (Ihering), oder ganz ohne Rücksicht auf Verschuldung lediglich auf Grund der Thatsache, daß der Andere die unmögliche Leistung versprochen hat, gegeben ist (Windscheid). Der Entwurf entscheidet die Streitfrage in Uebereinstimmung mit der zuletzt verzeichneten Ansicht dahin, daß derjenige, der bei der Willenseinigung, die sich äußerlich als Vertragschließung darstellt, die Unmöglichkeit der Leistung kannte oder dessen Nichtkenntniß der Unmöglichkeit auf Fahrlässigkeit beruhte, für verpflichtet erklärt wird, dem Anderen, wenn derselbe die Unmöglichkeit nicht kannte noch kennen mußte, Schadensersatz zu leisten. Diese Verpflichtung ist aber dergestalt begrenzt, daß die Ersatzpflicht nicht über den Betrag hinausgeht, den der Verpflichtete bei Voraussetzung der Gültigkeit des Vertrages wegen Nichterfüllung zu zahlen gehabt hätte (§ 345). Der Wortlaut der Bestimmung des Entwurfes unterscheidet nicht ausdrücklich zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit der Leistung. Da nach geltendem Rechte die subjektive Unmöglichkeit der Leistung die Leistungsverpflichtung in der Art bestehen läßt, daß an Stelle der Leistung selbst das Leistungsinteresse tritt, so könnte nach dem Wortlaute jener Bestimmung die Annahme veranlaßt erscheinen, daß die Bestimmung im Widerspruch mit dem geltenden Rechte bei subjektiver wie bei objektiver Unmögkichkeit Anwendung zu finden hätte. Allein die Motive bemerken (II, 44 zu § 237), daß der Entwurf unter der Unmöglichkeit der Leistung nur die objektive Unmöglichkeit

verstehe. Dieser objektiven Unmöglichkeit wird das nur subjektive Unvermögen des Schuldners gegenübergestellt. Der Sprachgebrauch des Entwurfs hat sich also der von Hartmann und Brinz vertretenen Auffassung angeschlossen, nach welcher an die Stelle des hergebrachten Ausdruckes „subjektive Unmöglichkeit" die Bezeichnung „subjektive Hindernisse der Leistung", „Unvermögen der Person" treten soll (zu vergl. unten § 14).

Der Begriff des negativen Vertragsinteresses soll nach der Meinung mancher Schriftsteller Verwendung auch in dem Falle finden, in welchem ein Vertrag sich als in der Art zu Stande gekommen darstellt, daß der eine Theil seine zum Inhalte des Vertrages gehörige Willenserklärung im Namen und angeblichen Auftrage eines Dritten abgibt, ohne jedoch von dem letzteren bevollmächtigt zu sein (Laband, Dernburg, Pandekten). Von anderer Seite wird derjenige, der ohne Vollmacht im Namen eines Anderen, wie wenn er Vollmacht hätte, einen Vertrag schließt, zur Leistung des Vertragserfüllungsinteresses für verpflichtet erachtet. Die Einen gründen diese letztere Auffassung auf die in solchem Handel zu findende Uebernahme der Haftung für das Vorhandensein der Vollmacht oder die Ertheilung der Genehmigung (Buchka, Windscheid), die Anderen sehen unter Abweisung der Annahme unmittelbarer Berechtigung und Verpflichtung des Auftraggebers durch den Vertragschluß des Beauftragten den letzteren in allen Fällen für den eigentlichen Vertragschließenden an und gelangen auf diesem Wege zu der Annahme, daß derjenige, der als Beauftragter handele, ohne es zu sein, das Vertragerfüllungsinteresse zu leisten habe (Bähr, Vangerow). Der Entwurf legt nach dem Vorgange des Handelsgesetzbuchs dem Vertreter, wenn derselbe bei Schließung des Vertrages nicht kund gegeben hat, daß er ohne Vertretungsvollmacht sei, und der Vertretene die Genehmigung des Vertrages verweigert, die Vertragserfüllungsverpflichtung auf, indem er dem Anderen die Wahl gibt, von dem Vertreter die Erfüllung selbst oder an deren Stelle Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern (§ 125). Zum Grunde liegt der Rechtsnorm der Gedanke, daß in dem auftraglosen Handeln des angeblichen Vertreters die Uebernahme der Haftung für das Vorhandensein der Vollmacht oder für die Ertheilung der Genehmigung zu finden sei (Motive I, 243, 244).

§ 13. D. Verschulden einer bestehenden Haftung gegenüber.

Im gemeinen Recht besteht keine Uebereinstimmung betreffs der Begriffe, von denen die aus sogenannter kontraktlicher Verschuldung entstehende Schadensersatzpflicht abhängt. Schwierigkeiten hat schon

die Bestimmung des Verhältnisses gemacht, in welches die diligentia zur culpa zu bringen ist, nämlich die Frage, ob, wo in den Quellen von diligentia und von culpa die Rede ist, unter culpa nur die Abwesenheit der diligentia verstanden werden soll, oder ob die Verpflichtung zur Beobachtung der diligentia eine weitergehende Verpflichtung, als die, für die Folgen der culpa aufzukommen, einschließt. Entstanden sind diese Schwierigkeiten dadurch, daß die Quellen Aussprüche der Juristen aus den verschiedenen Entwickelungsstadien des Begriffes der Verschuldung enthalten. Nach der gegenwärtig wohl kaum mehr bestrittenen Meinung ist die culpa nur die negative Seite der diligentia als der von einem diligens paterfamilias in eigenen Angelegenheiten gewöhnlich beobachteten Sorgfalt. Streit besteht aber gegenwärtig noch, auch abgesehen von der bereits erörterten Streitfrage, welche die Stelle betrifft, die der culpa lata zwischen dolus und culpa levis anzuweisen ist (oben § 10), über den Begriff der custodia. Es wird nämlich darüber gestritten, unter welchen Voraussetzungen und bis zu welchem Grade die Haftung für diligentia in den Fällen gesteigert wird, in denen die Quellen dem Verpflichteten die Haftung für custodia auflegen.

Der Entwurf hat diese Streitfragen abgeschnitten, indem er sich mit den Begriffen „Fahrlässigkeit“ und „grobe Fahrlässigkeit“ begnügt und mit ihnen die Haftung dessen regelt, der einem Anderen aus einem bestehenden Haftungsverhältnisse zu einer Leistung verpflichtet ist.

Betreffs des in den einzelnen Haftungsverhältnissen zu vertretenden Grades der Verschuldung hat der Entwurf seine Normen der im gemeinen Rechte herrschenden Meinung vielfach angepaßt, sie aber in mehrfacher Hinsicht vereinfacht. Er läßt die in einem Haftungsverhältnisse Stehenden der Regel nach für alle Fahrlässigkeit gegenüber der Erfüllungsverpflichtung haften (§ 224). In gewissen Fällen schränkt er die Haftung in der Art ein, daß er sie nur für grobe Fahrlässigkeit eintreten läßt, in anderen dahin, daß der Verpflichtete, der die Sorpfalt eines ordentlichen Hausvaters nicht beobachtet hat, mit der Entschuldigung zu hören ist, daß er in eigenen Angelegenheiten einen höheren Grad von Sorgfalt nicht anzuwenden pflege, als den von ihm in der fraglichen Angelegenheit angewendeten. Es sind hier zwar überall die Gesichtspunkte des gemeinen Rechts eingenommen. Allein im Einzelnen sind die Normen des Entwurfes anders ausgestaltet.

Nach gemeinem Recht haftet, wer ein Rechtsgeschäft zu eigenem Vortheil vornimmt, für omnis culpa. Dasselbe gilt von dem, der bei Eingehung des Geschäfts für sich ein besonderes Vertrauen bean-

spricht, auch wenn das Geschäft nicht den eigenen Vortheil, sondern den des Anderen angeht. Im Uebrigen haftet, wer das Rechtsgeschäft zum Vortheil des Anderen, nicht zu eigenem Vortheil übernimmt, nur für culpa lata. Dies ist die Lage des Schenkers, des Kommodanten, des Depositars, der die Sache ohne Lohn in Verwahrung genommen hat, ferner die des Fiduciars, der den empfangenen Gegenstand des Fideikommisses vollständig herauszugeben hat. Wer ohne Auftrag fremde Geschäfte besorgt, haftet regelmäßig für omnis culpa. In Ausnahmefällen, insbesondere in dem durch die l. 3 § 9 D. de neg. gest. (3, 5), über deren Auslegung jedoch Streit herrscht, vorgesehenen Nothfalle ist seine Haftung auf culpa lata beschränkt. Mit der Entschuldigung, daß er in eigenen Angelegenheiten einen höheren Grad von Sorgfalt, als den in den fraglichen Geschäften angewendeten, nicht zu beobachten pflege, wird der Verpflichtete gehört, wenn es sich um Verpflichtungen von Gesellschaftern, Miteigenthümern, Miterben unter einander, um die Verpflichtung des Ehemannes zur Verwaltung der dos, des Vormundes zur Verwaltung von Mündelvermögen handelt.

Der Entwurf hat einen Rechtssatz, nach welchem die Beschränkung der Haftung auf grobe Fahrlässigkeit eintritt, wenn nur der Andere Vortheil von dem Geschäfte hat, nicht aufgestellt. Aber er läßt den Schenker (§ 442) und den Verleiher (§ 550), ebenso wie dies das gemeine Recht thut, nur für grobe Fahrlässigkeit haften. Der Depositar steht innerhalb der Rechtsregel. Er haftet also, auch wenn er für die Aufbewahrung eine Vergütung nicht zu beanspruchen hat, für jede Fahrlässigkeit. Auch der Fiduciar hat nach dem Entwurf keinen Anspruch auf die Stellung, die nach gemeinem Rechte gegenüber der Haftung für culpa denen zukommt, welchen aus dem Geschäft kein Vortheil erwächst. Schenker und Verleiher sind die einzigen, die auf Grund der bestehenden Haftungsverhältnisse der Entwurf nur für grobe Fahrlässigkeit haften läßt. Der Geschäftsführer ohne Auftrag haftet regelmäßig für jede Fahrlässigkeit (§ 749). Auf grobe Fahrlässigkeit ist seine Haftung beschränkt, wenn er zu dem Zwecke gehandelt hat, um von der Person oder dem Vermögen des Geschäftsherrn eine dringende Gefahr abzuwenden (§ 750). Nur für den Grad der Sorgfalt, den sie in eigenen Angelegenheiten zu beobachten pflegen, haften nach dem Entwurf die Gesellschafter unter sich (§ 633), der Ehegatte in Ansehung der Erfüllung von Verpflichtungen, die ihm in Folge des gesetzlichen oder vertragsmäßigen Güterrechtes gegenüber dem anderen Ehegatten obliegen (§ 1279), die Ehefrau bei Vertretung des Ehemannes innerhalb des häuslichen Wirkungskreises (§§ 1278, 1279). In den Fällen, in denen das gemeine Recht noch außerdem

die Haftung auf die diligentia quam suis beschränkt, macht der Entwurf diese Ausnahme nicht. Der Vormund wird in Ansehung der Erfüllung der ihm gegen den Mündel obliegenden Verpflichtungen ausdrücklich als für die Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters verhaftet bezeichnet (§ 1696). Die gleiche Stellung haben der Gegenvormund (§ 1696), der Pfleger (§ 1743) und der Vater betreffs der ihm obliegenden Sorge für das Vermögen der Kinder (§ 1503).

Im gemeinen Recht wird, vorzugsweise im Anschluß an die l. 32 D. dep. (16, 3), der Satz aufgestellt, daß die Folgen einer jeden Verschuldung dann zu vertreten sind, wenn die Verschuldung sich als eine Fahrlässigkeit darstellt, die der Verpflichtete in eigenen Angelegenheiten nicht begeht. Dem Satze ist Raum, zur Anwendung zu kommen, gegeben, wenn der Verpflichtete an sich nur für culpa lata haftet und die Verschuldung an sich hinter dem Maße der culpa lata zurückbleibt. Der Satz ist aber ebenso bestritten, wie die Auslegung der Stelle. Der Entwurf hat ihn nicht aufgenommen. Ein Bedürfniß dafür wird auch nicht anzuerkennen sein, zumal bei der geringen Anzahl der Fälle, in denen nach dem Entwurf das Verhalten des Verpflichteten hinter der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters zurückbleiben darf.

§ 14. E. Unmöglichwerden der Leistung.

Ist der nach entstandener Verpflichtung zur Leistung erfolgte Eintritt der Unmöglichkeit der Leistung die Folge einer Verschuldung des Verpflichteten, so richtet sich die Haftung des letzteren nach dem Grade der Schuld, für den er nach der Natur des Vertrages oder der sonst begründeten Haftung aufzukommen hat. Wenn darnach die Unmöglichkeit von dem Verpflichteten zu vertreten ist, so tritt an die Stelle der Leistung selbst das Leistungsinteresse. Diesen Grundsatz spricht der Entwurf, der hierin mit dem geltenden Rechte übereinstimmt, im § 240 aus. Daneben sieht der Entwurf noch den Fall der Unmöglichkeit nur eines Theiles der Leistung vor. Diesen Fall stellt er, wenn der möglich gebliebene Theil der Leistung für den Gläubiger kein Interesse mehr hat, dem Falle der Unmöglichkeit der ganzen Leistung in der Art gleich, daß er dem Gläubiger die Befugniß gibt, unter Ablehnung oder Zurückgewährung dieses Theiles Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu verlangen (§ 242).

Allein auch wenn eine Verschuldung des Verpflichteten überall nicht der Grund der Unmöglichkeit der Leistung ist, und abgesehen

von dem Falle einer besonders verabredeten Uebernahme der Verpflichtung, für den Erfolg ohne Rücksicht auf Verschuldung einzustehen, kann eine vertragsmäßige Verpflichtung zur Leistung des Vertragsinteresses bei eingetretener Unmöglichkeit der Vertragsleistung begründet sein. Dieser Fall ist bei den Verträgen gegeben, aus denen der Verpflichtete durch Unmöglichkeit der Leistung nur frei wird, wenn höhere Gewalt die Unmöglichkeit herbeigeführt hat. In der angegebenen Lage befinden sich nach gemeinem Rechte die Schiffer, Gastwirthe und Stallwirthe, nach heutigem Reichsrecht die Frachtführer und die Verfrachter von Seeschiffen, sowie die Eisenbahnunternehmer. Der Entwurf läßt die Gastwirthe, welche gewerbsmäßig Fremde zur Beherbergung aufnehmen, für den Verlust und die Beschädigung von Sachen, die von den im Betriebe dieses Gewerbes aufgenommenen Gästen eingebracht sind, ohne Rücksicht darauf haften, ob ihrerseits ein Verschulden vorliegt. Ausgeschlossen ist die Haftung, wenn der Schaden von dem Gaste verursacht oder durch die Beschaffenheit der eingebrachten Sachen oder durch höhere Gewalt entstanden ist (§ 626).

Der Begriff der höheren Gewalt ist seit der Glossatorenzeit bestritten. Von der einen Seite wird höhere Gewalt schon angenommen, wenn Ereignisse in Frage stehen, welche durch eine gesteigerte Obhut und Fürsorge nicht haben abgewendet werden können, so daß also ein Zufall, der nach der Beschaffenheit der Umstände als unabwendbar anzusehen ist, unter den Begriff der höheren Gewalt fällt (Goldschmidt, Dernburg, Windscheid). Diese Meinung darf als die gegenwärtig herrschende bezeichnet werden. Nach der anderen Ansicht, welche noch bis in die Mitte dieses Jahrhunderts die herrschende gewesen ist (Sintenis, Bluntschli, Exner), wird der Begriff der höheren Gewalt nur durch äußere Ereignisse gedeckt, welche, wie feindlicher Ueberfall, Ueberschwemmung, Bergsturz, vermöge der Art und Wucht des Auftretens die im ordentlichen Laufe des Lebens zu gewärtigenden Zufälle übersteigen. Der Entwurf bestimmt den Begriff der höheren Gewalt nicht. Die alte Streitfrage bleibt also ungelöst.

Es sind noch die Fälle zu erwähnen, in denen die Unmöglichkeit der Leistung auf eine nach der Natur des Sachverhältnisses oder nach dem besonderen Vertragswillen von dem Verpflichteten zu vertretende Verschuldung nicht zurückzuführen ist und auch die Voraussetzungen der Haftung bis zu höherer Gewalt als Grund der Haftung des Verpflichteten für den Eintritt der Unmöglichkeit der Leistung nicht gegeben sind. Für diese Fälle erkennt das geltende Recht ein Freiwerden des Schuldners von der Verpflichtung durch den Eintritt

objektiver Unmöglichkeit der Leistung an. Dagegen besteht keine Einigkeit darüber, wie die subjektive Unmöglichkeit der Leistung auf die Verpflichtung des Schuldners wirkt. Nach der einen Ansicht (Mommsen, Windscheid) besteht kein wesentlicher Unterschied zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit. In beiderlei Fällen wird der Schuldner von der Verpflichtung frei. Von anderer Seite (Hartmann, Brinz, zu vergl. oben § 12) wird der Begriff der subjektiven Unmöglichkeit überhaupt als werthlos bezeichnet und — für die allein in Betracht kommenden obligationes bonae fidei — die Ansicht aufgestellt, daß der Schuldner frei wird, wenn ein nach guter Treue die Zurechnung ausschließendes Hinderniß vorliegt.

Der Entwurf macht den Schuldner von der Verpflichtung zur Leistung so lange frei, als die Leistung in Folge eines nach Entstehung des Schuldverhältnisses eingetretenen, vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich ist. Er läßt den Schuldner von der Verbindlichkeit befreit werden, soweit die Leistung dauernd unmöglich geworden ist (§ 237 Abs. 1). Hieran schließt sich im Absatz 2 der Satz: „Dasselbe gilt, wenn der Schuldner, welcher einen in sich bestimmten Gegenstand zu leisten hat, diesen in Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zu leisten außer Stand gesetzt worden ist.“ Der Paragraph gibt dem Verständnisse Räthsel auf, deren Lösung in dem Wortlaute nicht zu finden ist. Man ist geneigt, im ersten Absatze, wenn man ihn allein ins Auge faßt, eine Entscheidung der Streitfrage im Sinne Mommsens und Windscheids dahin anzunehmen, daß es bei der nachfolgenden Unmöglichkeit nicht darauf ankomme, ob sie eine objektive oder subjektive sei. Aber der zweite Absatz würde bei dieser Annahme nicht verständlich sein. Er stellt sich, wenn mit der Auffassung Mommsens und Windscheids an ihn herangetreten wird, als eine überflüssige Wiederholung des im ersten Absatze allgemein ausgesprochenen Rechtsgrundsatzes für den besonderen Fall der Unmöglichkeit der Erfüllung einer auf einen in sich bestimmten Gegenstand gerichteten Leistungsverpflichtung dar. Die Motive (II, 45) besagen aber, daß sich der erste Absatz auf die objektive, der zweite auf die subjektive Unmöglichkeit beziehen soll. Die von Hartmann und Brinz aufgestellte Meinung, daß von einer subjektiven Unmöglichkeit der Leistung überhaupt nicht gesprochen werden könne, sondern nur von einem Unvermögen der Person zur Leistung, von subjektiven Hindernissen der Leistung, hat also die Wortfassung beeinflußt. Ich habe kein Verständniß für die Bekämpfung des in Frage stehenden, bisher in Geltung gewesenen Sprachgebrauchs und finde keinen Grund, ein gerade in der Person des Schuldners vorhandenes Unvermögen

zur Leistung, das nicht vorhanden sein würde, wenn statt des A der B der Schuldner wäre, nicht als eine auf Seite dieses Schuldners vorhandene, also subjektive Unmöglichkeit der Leistung zu bezeichnen. Der erste Absatz des § 237 scheint mir daher an und für sich auf die subjektive Unmöglichkeit ebenso zu passen, wie der zweite auf die objektive, und umgekehrt. Die Logik und der Geist der Sprache stehen nicht entgegen. Daß das Verständniß des Gesetzes durch die Wahl des Ausdruckes gefördert werde, wird sich also schwerlich behaupten lassen. Die Rechtsprechung mag sich indeß an die fragliche Ausdrucksweise gewöhnen. Wie aber stellt sich sachlich der § 237 zu der in Rede stehenden Streitfrage?

Wird der erste Absatz auf die objektive, der zweite auf die subjektive Unmöglichkeit der Leistung bezogen, so ist die Absicht der Verfasser des Entwurfs dahin gegangen, festzusetzen, daß ein objektives Unmöglichwerden der Leistung den Verpflichteten, wenn nicht einer der Fälle vorliegt, in denen der Verpflichtete die Unmöglichkeit zu vertreten hat, von der Verpflichtung befreit, daß dagegen ein subjektives Unmöglichwerden der Leistung den Verpflichteten nur dann befreit, wenn ein in sich bestimmter Gegenstand zu leisten, und der Verpflichtete diesen Gegenstand in Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zu leisten außer Stand gerathen ist. Dagegen soll in allen anderen Fällen subjektiver Unmöglichkeit der Leistung der Verpflichtete an Stelle der unmöglich gewordenen Leistung für das Leistungsinteresse aufzukommen haben. Die Motive bemerken dazu, es entspreche dem geltenden Rechte, einem nachträglich eintretenden subjektiven Unvermögen zur Leistung keinen Einfluß auf die Verbindlichkeit des Schuldners einzuräumen. Für das gemeine Recht ist diese Annahme als richtig nicht anzuerkennen. Mommsen, den Hartmann selbst als den Hauptbegründer der herrschenden Lehre bezeichnet, ist der entgegengesetzten Ansicht. Hartmann und Brinz, die Gegner Mommsens, erkennen den in den Motiven als dem geltenden Rechte angehörig bezeichneten Satz nur in Ansehung der — für uns nicht in Betracht kommenden — strengen Obligationen, nicht für die obligationes bonae fidei an. In Ansehung der letzteren hat Hartmann (Obl. S. 249) den oben bereits erwähnten Satz, daß der Schuldner frei werde, wenn ein nach guter Treue die Zurechnung ausschließendes Hinderniß der Leistung vorliege, aufgestellt und näher begründet. Und Brinz (Pand. II, S. 324) bemerkt, für die relative, nämlich die nur in der Person des Schuldners vorhandene Unmöglichkeit habe das b. f. iudicium dem Gedanken Raum geboten, daß unverschuldete Unmöglichkeit zur Absolution führen könne, trotzdem die Sache noch existent und feil sei. Die Berufung der Motive auf das geltende Recht ist mir daher, soweit es sich um

gemeines Recht handelt, nicht klar geworden. Für das preußische Recht gilt die Ansicht ebenfalls nicht. Wie das französische Recht sich zu der Frage stellt, will ich dahingestellt sein lassen. Nach den von Hartmann (S. 255) erwähnten Beispielen steht aber die französische Praxis ebenfalls nicht auf dem Boden der Motive. Wie indeß die Frage auch nach französischem Rechte zu beantworten sein möchte, das geltende Recht wird so, wie es die Motive thun, zu Gunsten der fraglichen Rechtsauffassung nicht angerufen werden können.

Läßt sich aber, auch abgesehen vom geltenden Rechte, die Unterscheidung zwischen der Leistung eines in sich bestimmten Gegenstandes und anderen Leistungen überhaupt rechtfertigen? Unter einem in sich bestimmten Gegenstande wird, wie auch aus den Motiven (II, 46) erhellt, ein individuell bestimmter Gegenstand, also eine species im Gegensatze zum genus, verstanden. Zweifelhaft ist, ob unter der Leistung eines in sich bestimmten Gegenstandes nur eine Sachleistung oder auch eine Leistung von Handlungen, die ja sprachlich als Gegenstand der Leistung und — unter gewissen Umständen — auch als in sich bestimmter Gegenstand der Leistung sich würden bezeichnen lassen, verstanden werden soll. Die Motive geben über die Bedeutung des Ausdrucks keine sichere Auskunft. Ich kann auch in den Ausführungen der Schriftsteller, welche sich vorzugsweise mit unserer Streitfrage beschäftigt haben, einen das Verständniß sichernden Aufschluß —, wie betreffs der oben bemerkten Unterscheidung zwischen Unmöglichkeit der Leistung und Unvermögen zur Leistung, — nicht finden. Die Stelle scheint mir nicht ungeeignet, zu einem Kreuz der Ausleger zu werden. Aber wie man sie auch aufzufassen haben mag, Bedenken wird sie in jeder Auffassung hervorrufen. Folgendes Beispiel mag dies zeigen: A, welcher zur Uebergabe eines Grundstückes an B verpflichtet ist, verliert die Verfügungsmacht über das Grundstück und wird solchergestalt, ohne daß die Uebergabe objektiv unmöglich ist, in Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes außer Stand gesetzt, die Uebergabe vorzunehmen. Er wird also nach dem insoweit zweifelsfreien Inhalte des § 237 Abs. 2 von der Verbindlichkeit frei. Wie aber, wenn A auf dem Grundstücke eine Fabrik betrieben hat und die Verpflichtung nicht auf Uebergabe des Grundstückes, sondern auf Herstellung und Lieferung einer gerade in dieser Fabrik herzustellenden Waare gerichtet ist, der Verpflichtete die Verfügungsmacht über die Fabrik verliert, die letztere eine andere Bestimmung erhält und der Verpflichtete solchergestalt in Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes außer Stand gesetzt wird, die Waare herzustellen und zu liefern? Von der Leistung eines in sich bestimmten Gegenstandes wird in diesem letzteren Falle nicht wohl die Rede sein können. Der Ver-

pflichtete würde also nach dem Entwurf im zweiten Falle von seiner Verbindlichkeit nicht frei werden. Ein innerer Grund, den zweiten Fall anders zu entscheiden, als den ersten, scheint mir nicht auffindbar. Eine verschiedene Entscheidung beider Fälle würde auch im Widerspruche mit den Ergebnissen stehen, zu denen die oben aufgeführten Schriftsteller trotz ihrer grundsätzlich verschiedenen Auffassung der Frage übereinstimmend gelangen.

§ 15. F. Haftung für fremde Verschuldung.

Der Entwurf bestimmt, daß der Verpflichtete in Ansehung der Erfüllung seiner Verpflichtung für die Verschuldung seines gesetzlichen Vertreters haftet (§ 224, Abs. 2). Der Satz vervollständigt den Aufbau der Rechtseinrichtung der gesetzlichen Vertretung. Für das Rechtssubjekt, das eines gesetzlichen Vertreters bedarf, um Rechtsgeschäfte überhaupt abschließen und Rechte durch dieselben erwerben zu können, muß das auf die Erfüllung des von dem gesetzlichen Vertreter als solchem eingegangenen Rechtsgeschäfts bezügliche Verhalten des Vertreters ebensolche Wirkung haben, wie das eigene Verhalten der Person, die keines Vertreters bedarf, der Erfüllungsverpflichtung gegenüber. Der Entwurf beruft in Uebereinstimmung mit der im neueren gemeinen Rechte zur Geltung gekommenen Auffassung und mit dem preußischen Rechte den Vormund zum gesetzlichen Vertreter des Mündels. Der Vormund tritt, wenn er im Interesse des Mündels handelt, regelmäßig Namens des Mündels auf. Durch ein solches Handeln wird der Mündel ebenso berechtigt wie verpflichtet. Und auch eine Verschuldung des Vormundes gegenüber der durch ihn für den Mündel begründeten Leistungsverpflichtung muß die Haftung des Mündels für den in dem Erfüllungsinteresse bestehenden Schaden begründen.

Abgesehen vom gesetzlichen Vertreter gilt im heutigen gemeinen Rechte der Grundsatz, daß durch die Verschuldung eines Dritten eine bereits bestehende Haftung regelmäßig nur dann erweitert wird, wenn mit jener Verschuldung des Dritten auch eine Verschuldung des eigentlich Verhafteten gegeben ist. Wer also zum Zwecke der Erfüllung einer ihm obliegenden Verpflichtung eine Verrichtung für sich ausführen läßt, haftet für den bei dieser Ausführung dem Berechtigten erwachsenen Schaden regelmäßig nur, wenn ihm eine Verschuldung in der Auswahl der Person, durch welche er die Verrichtung vornehmen läßt, oder in der Beaufsichtigung derselben zur Last fällt. Nicht beschränkt auf den Fall der Verschuldung in der Auswahl oder Aufsicht ist die Haftung für die Verschuldung von Stellvertretern und Gehilfen der Natur der Sache nach bei den Rechtsverhältnissen, in denen die

Haftung nur durch die Klarlegung des Vorhandenseins höherer Gewalt begrenzt wird (oben § 14). Darüber hinaus wird von mehreren (u. A. Puchta, Brinz) noch beim Werkverdingungsvertrage eine allgemeine Haftung des Werkmeisters für die Gehilfen, deren sich der Letztere zur Herstellung des Werkes bedient, anerkannt, während von anderer Seite (Windscheid) in den Fällen, in welchen dem Uebernehmer des Werkes die Annahme von Gehilfen vertragsmäßig freisteht, eine Haftung des Werkmeisters nur für Verschuldung in der Auswahl der Gehilfen angenommen wird. Außerhalb der Fälle schon bestehender Haftung kennt das gemeine Recht eine Haftung für fremde Verschuldung noch bei der actio de effusis et deiectis.

Das preußische Recht steht in der Hauptsache ebenfalls auf dem Standpunkte, daß für fremde Verschuldung bei bestehender Haftung regelmäßig nur unter der Voraussetzung der Vernachlässigung der Auswahl oder der Aufsicht eingestanden wird. Den Werkmeister läßt es aber ohne die fragliche Beschränkung für seine Gehilfen haften. Auch setzt es eine allgemeine, nicht auf bestehende Haftungsverhältnisse beschränkte Haftung für den durch Andere zugefügten Schaden insofern fest, als es diejenigen, denen über andere Personen die Aufsicht obliegt, für den Schaden haften läßt, der durch schädigendes Verhalten dieser Personen in Folge Verletzung der Aufsichtspflicht für Dritte entsteht.

Erweiterungen der Haftung für fremde Verschuldung hat ferner das Handelsgesetzbuch (insbesondere im Art. 452) und das Reichshaftpflichtgesetz eintreten lassen. Besonders weit hat das französische Recht die Grenzen der Haftung für fremde Verschuldung gezogen. Auch auf deutschem Boden ist die Erkenntniß, daß durch die römischrechtliche Anschauung das gegenwärtige Rechtsbedürfniß nicht gedeckt wird (Goldschmidt), zum Ausdrucke gelangt. Und eine Erweiterung jener Grenzen ist als eine im Interesse der Befriedigung vorliegender Bedürfnisse des Rechtsverkehrs an das objektive Recht zu stellende Anforderung bezeichnet worden.

Der Entwurf ist dieser Richtung zum Theile gefolgt. Die Hauptänderung, welche das bestehende Recht in der fraglichen Hinsicht durch ihn erhalten soll, besteht in der Aufnahme des Satzes, daß bei bestehender Haftung der Leistungspflichtige allgemein und unbeschränkt für das Verschulden derjenigen Personen zu haften hat, deren er sich zur Bewirkung der Leistung bedient (§ 224, Abs. 2). Damit ist die bereits in Ansehung des Werkmeisters angenommene Haftung für Verschuldung der Gehilfen dahin ausgedehnt worden, daß in allen Rechtsverhältnissen vom Verpflichteten für die durch ihn zur Bewirkung der Leistung angenommenen Gehilfen zu haften ist, und zwar ohne Rück-

sicht darauf, ob der Geschäftsherr die Annahme von Gehilfen gestattet hat oder nicht.

Was vom Gehilfen gesagt ist, gilt jedoch nicht vom Substituten. Der Beauftragte, welcher befugter Weise die Besorgung des ihm aufgetragenen Geschäftes einem Anderen übertragen hat, haftet dem Auftraggeber nur wegen einer bei dieser Uebertragung ihm zur Last fallenden Fahrlässigkeit (§ 589). Ebenso haftet aus dem Hinterlegungsvertrage der Verwahrer, welcher befugter Weise die ihm zur Verwahrung übergebene Sache bei einem Anderen hinterlegt, nur wegen einer bei dieser Hinterlegung ihm zur Last fallenden Fahrlässigkeit (§ 616). Wer einem Anderen die Vertragserfüllung überträgt und ihn solchergestalt substituirt, ohne vertragsmäßig dazu befugt zu sein, handelt vertragswidrig und haftet für allen aus seiner Vertragsverletzung dem aus dem Vertrage Berechtigten entstehenden Schaden ohne Rücksicht darauf, ob dem, welchem er die Vertragserfüllung übertragen hat, ein Verschulden zur Last fällt.

Der Entwurf läßt sodann im Anschlusse an die in das preußische Gesetzbuch aufgenommenen Rechtsnormen denjenigen, welcher kraft des Gesetzes über einen Anderen die Aufsicht zu führen verpflichtet ist, für den Ersatz des von diesem Anderen einem Dritten widerrechtlich zugefügten Schadens haften, wenn der zur Aufsicht Verpflichtete die Aufsichtspflicht verletzt hat, und bei Erfüllung derselben ein Schade nicht entstanden sein würde (§ 710 Abs. 1). Dieselbe Verpflichtung legt er demjenigen auf, der an Stelle des durch das Gesetz Verpflichteten die Aufsicht übernommen hat (§ 710 Abs. 2). Er legt ferner in weiterer Ausbildung jener preußischrechtlichen Normen demjenigen, der einen Anderen zur Verrichtung von Handlungen bestellt hat, die Pflicht auf, diesen Anderen zu beaufsichtigen, wenn und soweit es die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters erfordert, und macht ihn bei Verletzung dieser Sorgfalt ersatzpflichtig für den Schaden, den die bestellte Person durch eine in Ausführung ihrer Verrichtungen begangene unerlaubte Handlung einem Dritten zugefügt hat (§ 711).

§ 16. G. Haftung der Körperschaften und Stiftungen für Verschuldung ihrer Vorstände und Beamten.

Nach geltendem Rechte steht denjenigen, welche mit sogenannten juristischen Personen durch deren Vertreter Rechtsgeschäfte eingegangen sind, wegen der dem Vertreter zur Last fallenden, durch Verletzung von Vertragspflichten begangenen Verschuldungen ein Schadensersatzanspruch gegen das vertretene Rechtssubjekt zu. Darüber hinaus ist die Frage der Haftung der sogenannten juristischen Personen für

Schadensersatz auf Grund von Verschuldungen der Vertreter streitig. In neuerer Zeit hat sich die Theorie überwiegend für die Annahme einer Verpflichtung der fraglichen Rechtssubjekte zum Ersatze des von dem Vertreter als solchem durch eine rechtswidrige Handlung außerhalb eines Vertrages einem Dritten zugefügten Schadens ausgesprochen. Die Rechtsprechung der gemeinrechtlichen Gerichtshöfe ist ihr zum Theil hierin gefolgt. Dementsprechend wird der Staat in Ansehung des Schadens Dritter aus Verschuldungen der Staatsbeamten bei der Verwaltung des Staatsvermögens als haftbar angesehen. Mehr Zweifel hat die Frage verursacht, ob eine Haftung des Staates auch aus Veranlassung der von Staatsbeamten bei Ausübung staatlicher Hoheitsrechte begangenen schuldhaften Handlungen anzunehmen sei. Die landrechtlich-preußische Rechtsprechung erkennt zwar die Haftung von politischen Gemeinden und von Aktiengesellschaften für den durch Verschuldung ihrer Beamten Dritten zugefügten Schaden an, verneint aber abgesehen von dem Falle der Verletzung von Vertragspflichten die Haftung des Staates für den von Staatsbeamten durch rechtswidriges Verhalten Anderen zugefügten Schaden.

Von den Sätzen des Entwurfes gehört hierher die bereits erwähnte (oben § 15) Bestimmung, welche den Schuldner für das der Verpflichtung zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gegenüber begangene Verschulden seines gesetzlichen Vertreters haften läßt (§ 224 Abs. 2). Körperschaften und Stiftungen haften darnach für die ihren Vorstehern als ihren gesetzlichen Vertretern gegenüber einer bestehenden Leistungspflicht zur Last fallenden Verschuldungen.

Nach dem Entwurfe soll ferner für den Schaden, welchen der Vorstand einer Körperschaft oder ein Mitglied des Vorstandes durch eine in Ausübung der Vertretungsmacht begangene widerrechtliche, zum Schadensersatze verpflichtende Handlung einem Dritten zugefügt hat, die Körperschaft haften (§ 46). Die Vorschrift soll auf Stiftungen entsprechende Anwendung finden (§ 61). Diese Sätze müssen zu Zweifeln Veranlassung geben. Das Vermögen der Körperschaften und der Stiftungen wird nur für widerrechtliche Handlungen des Vorstandes und einzelner Mitglieder des Vorstandes als haftbar bezeichnet. Ist dies dahin zu verstehen, daß die Haftung nicht bei widerrechtlichen Handlungen derjenigen zur Vertretung der Körperschaft oder der Stiftung verfassungsmäßig berufenen Personen einzutreten hat, die nicht zum Vorstande gehören? Das Vorhandensein einer Lücke im Gesetz wird nicht verkannt werden können. Die Rechtsprechung würde wenn die Lücke im Gesetz unausgefüllt bliebe, die Analogie zu Hülfe nehmen und mit dem gegenwärtigen Rechtszustande rechnen müssen. Und es erscheint kaum zweifelhaft, daß mit diesen Hilfsmitteln zu

einer Ausdehnung der Haftung in der angegebenen Richtung zu gelangen sein würde.

Noch auf eine andere Ungenauigkeit ist aufmerksam zu machen. Oben (am Ende des § 2) ist darauf hingewiesen worden, daß nach der Fassung der §§ 46 und 63 und nach dem Inhalte der zu § 63 gegebenen Motive (I, 124) die Frage zu Bedenken Veranlassung gibt, ob der § 46, wie die Motive zu § 46 (I, 102) wollen, auf den Fiskus zu beziehen ist. Wird letzteres angenommen, so entsteht ein weiteres Bedenken durch den Inhalt der Motive. Dieselben besagen (I, 103), es liege kein Grund vor, die Vertreter des Staates und der Gemeinden, soweit sie in Ausübung privatrechtlicher Vertretungsmacht handeln, anderen Grundsätzen zu unterstellen, als die Vertreter sonstiger Körperschaften. Die öffentlichrechtliche Frage, ob und inwieweit der Staat oder eine Gemeinde denjenigen Schaden zu ersetzen habe, welchen ein Beamter bei Ausübung einer ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt Dritten zufüge, bleibe unberührt und beantworte sich nach den Landesgesetzen. Darnach haben die Verfasser des Entwurfes nicht beabsichtigt, die oben bereits berührte — von Zachariä bejahte — Frage der Haftung des Staates für den Schaden, der aus einer von einem Staatsbeamten bei Ausübung eines staatlichen Hoheitsrechtes begangenen widerrechtlichen Handlung einem Dritten erwachsen ist, bejahend zu entscheiden, offenbar, weil der Entwurf mit der staatsrechtlichen Frage der Zulässigkeit gerichtlicher Entscheidung über die Grenzen der Ausübung staatlicher Hoheitsrechte und die privatrechtlichen Folgen der Ueberschreitung dieser Grenzen nichts zu thun haben soll. Der Wortlaut des § 46, vorausgesetzt, daß dieser Paragraph überhaupt auf den Fiskus zu beziehen ist, steht der Annahme zur Seite, daß auch jene Frage bejaht sein soll. Die Worte decken also den Gedanken nicht, dem sie Ausdruck zu geben bestimmt sind.

Das Vorhandensein einer ferneren Lücke ergibt sich aus folgender Erwägung: Körperschaften und Stiftungen haften für den Ersatz des Schadens, welchen ihr Vorstand oder ein Mitglied des Vorstandes durch eine in Ausübung der Vertretungsmacht begangene widerrechtliche, zum Schadensersatze verpflichtende Handlung einem Dritten zugefügt hat (§ 46). Körperschaften und Stiftungen haften ferner für den Schaden, der aus einer Verschuldung ihrer gesetzlichen Vertreter gegenüber einem für die Körperschaft oder Stiftung begründeten Haftungsverhältnisse dem Berechtigten erwachsen ist (§ 224 Absatz 2). Sie haften also für die Folgen widerrechtlicher Handlungen und für die Folgen der Verschuldung gegenüber bestehenden Haftungsverhältnissen. Aber wie verhält es sich betreffs ihrer Haftung in den

Fällen, in welchen eine Verschuldung bei den behufs Begründung eines Haftungsverhältnisses gepflogenen Verhandlungen begangen ist, also das sogenannte negative Vertragsinteresse (oben § 12) in Frage steht? Der Entwurf besagt hierüber nichts. Man würde, wenn die Lücke bestehen bliebe, auch hier die Analogie zu Hülfe zu nehmen haben. Aber die Lücke würde sich durch eine Aenderung der Fassung im Interesse der Harmonie des Gesetzbuches leicht ausfüllen lassen.

§ 17. V. Verzug des Schuldners.

Als positive Erfordernisse des Schuldnerverzuges stellt der Entwurf die Fälligkeit der Leistung und die Aufforderung des Schuldners durch den Gläubiger hin, die Leistung zu bewirken (§ 245).

Das letztere Erforderniß ist im gemeinen Rechte bestritten. Der Streit ist in den letzten Jahrzehnten besonders lebhaft geworden. Zum Austrage gebracht ist er gegenwärtig noch nicht. Die Einen behaupten, daß, wenn ein bestimmter Erfüllungszeitpunkt festgesetzt ist, der Verzug mit dem fruchtlosen Ablaufe der Zeit eintrete, ohne daß es einer Aufforderung zur Leistung Seitens des Gläubigers bedürfe (Mommsen, Vangerow, Dernburg). Von anderer Seite wird die Meinung vertheidigt, daß bei Festsetzung eines Erfüllungstermines nur ein Recht des Gläubigers, in dem bestimmten Termine die Leistung zu fordern, gegeben, zum Verzuge aber immer noch Mahnung erforderlich sei (Savigny, Puchta, Brinz). Indeß wird von Vertretern beider Richtungen anerkannt, daß die vertragsmäßige Festsetzung eines Zahlungstermines nothwendig weder in dem Sinne verstanden werden müsse, daß damit eine Verpflichtung des Schuldners, ohne weitere Aufforderung an dem bestimmten Tage zu zahlen, begründet werde, noch auch in dem Sinne, daß die Beifügung des Zahlungstermines nur ein Recht des Gläubigers schaffe, die Zahlung an dem bestimmten Tage zu fordern. Es wird angenommen, daß die Festsetzung eines Zahlungstermines in der einen wie in der anderen Absicht geschehen könne. Von diesem Gesichtspunkt aus betrifft der Streit, ob bei Festsetzung eines vertragsmäßigen Zahlungstermines noch eine Aufforderung Seitens des Gläubigers zur Herbeiführung des Verzuges erforderlich sei, wesentlich nur die Frage, wofür man sich zu entscheiden habe, wenn aus dem Inhalte des Vertrages darüber, wie die Beifügung des Zahlungstermines aufgefaßt werden solle, sich nichts ergebe. In diesem Sinne behandelt insbesondere Windscheid die Streitfrage. Er entscheidet sich dahin, daß, wenn die besonderen Umstände des Falles der Auslegung keine Handhabe bieten, ange-

nommen werden müsse, die Hinzufügung des Leistungstermines sei in dem Sinne geschehen, daß dadurch die Mahnung unnöthig werde.

Der Entwurf will die Streitfrage in der Art zum Austrage bringen, daß er regelmäßig Mahnung zur Entstehung des Verzuges erfordert und eine Ausnahme nur eintreten läßt, wenn für die Leistung „eine Zeit nach dem Kalender" oder dergestalt bestimmt sei, daß sie nach erfolgter Kündigung aus dem Kalender sich ergebe. In solchen Fällen soll der Schuldner ohne Mahnung in Verzug kommen, wenn er zur bestimmten Zeit nicht leistet (§ 245 Abs. 2).

Die Motive (II, 57) suchen diese Bestimmung, die sich als neu darstellt, mit dem Bemerken zu rechtfertigen, der Schuldner könne nur unter der Voraussetzung, daß die Erfüllungszeit sich aus dem Kalender ergebe, nicht in Zweifel sein, daß und wann er ohne Mahnung zahlen müsse. Dieser Rechtfertigungsgrund hat wohl keinen sicheren Halt. Dem Willen, daß der Schuldner ohne Mahnung zahlen müsse, läßt sich gewiß auch in anderer Weise ein ausreichend klarer Ausdruck geben, als durch die Bestimmung der Leistungszeit nach dem Kalender. In den Motiven heißt es weiter, die Anwendung der Vorschrift sei nicht auf die Fälle beschränkt, in denen ein genau bestimmter Kalendertag als Leistungszeit festgesetzt sei; es genüge, wenn nur die letztere nach dem Kalender im einzelnen Falle mindestens derart sich ergebe, daß für den Schuldner klar vorliege, wann spätestens geleistet werden müsse. Nach dieser Auffassung geräth also, wenn die Abrede dahin geht, daß die Leistung in der Reminiscerewoche 1889 stattzufinden habe, der Leistungspflichtige, der nicht spätestens am 23. März 1889 leistet, in Verzug, ohne daß es einer Mahnung bedarf, weil sich die Zahlungszeit aus dem Kalender ergibt. Geht aber die Abrede dahin, daß eine Zahlung in der Zahlwoche der Leipziger Messe geschehen solle, so erfordert der Verzug eine vorangehende Mahnung. Einen inneren Grund der verschiedenen Behandlung beider Fälle vermag ich nicht zu erkennen. Die Motive enthalten endlich noch die Ausführung, die Vorschrift des § 245 Abs. 2 gelte schlechthin. Es bestehe also nicht bloß im Zweifel die Vermuthung, daß ein, wie angegeben, beigefügter Zahlungstag die Mahnung vertreten solle. Vielmehr müsse davon ausgegangen werden, daß die Festsetzung gerade zu dem Zwecke erfolge, um auszudrücken, der Schuldner sei zur festgesetzten Zeit zu leisten verpflichtet. Und es bedürfe besonderer, wenn auch nicht ausdrücklicher Bestimmung, wenn die Festsetzung nur die Bedeutung haben solle, daß der Gläubiger vorher nicht zu fordern berechtigt sei. Den Anforderungen des Lebens und des Verkehrs werde nur durch die einfache Rechtsnorm, wie sie im Entwurf enthalten sei, entsprochen. — Zur Rechtfertigung des § 245

scheinen diese Anführungen so wenig dienen zu können, wie zum besseren Verständnisse desselben. Der Satz des Entwurfs mag einen Vorzug vor dem bisher geltenden Rechte insofern haben, als er die Möglichkeit einer bequemen, weil mechanischen Handhabung gewährt. Aber was die Motive im Uebrigen sagen, hält der Prüfung nicht Stand. Der Rechtswirksamkeit einer Abrede dahin, daß der Schuldner bei einer nicht nach dem Kalender bestimmten, noch aus dem Kalender sich ergebenden Leistungszeit durch Nichtleistung auch ohne Mahnung in Verzug kommen soll, kann selbstverständlich die Bestimmung im § 245 ebensowenig entgegenstehen, wie der Rechtswirksamkeit einer Abrede dahin, daß der Schuldner trotz einer nach dem Kalender bestimmten oder aus dem Kalender sich ergebenden Zahlungszeit nicht ohne Mahnung in Verzug gerathen soll. Die Rechtsnormen, daß, wenn die Leistungszeit nach dem Kalender bestimmt ist oder aus dem Kalender sich ergibt, der Schuldner auch ohne Mahnung durch Nichtleistung in Verzug geräth, daß aber, wenn die Leistungszeit nicht nach dem Kalender bestimmt ist, noch aus dem Kalender sich ergibt, der Schuldner ohne Mahnung nicht in Verzug kommt, können also immer nur zur Anwendung kommen, wenn nicht abweichende Vertragsfestsetzungen vorliegen. Sie enthalten also in der That nichts weiter, als Vermuthungen für das Vorhandensein des einen oder des anderen Vertragswillens oder, was auf dasselbe hinauskommt, Ergänzungen des nicht nachweisbar vorhandenen Vertragswillens durch das Gesetz. Und wenn es in den Motiven heißt, es müsse davon ausgegangen werden, daß die Festsetzung des Kalendertermines zu dem Zwecke erfolge, um auszudrücken, daß der Schuldner zur festgesetzten Zeit zu leisten verpflichtet sei, so liegt darin eine nähere Begründung der Vermuthung, daß mit der Beifügung des Kalendertermins eine weitere Mahnung entbehrlich werden solle.

Bestritten ist im gemeinen Rechte, ob Verschulden ein Erforderniß des Verzuges des Schuldners sei. Die meisten Schriftsteller bejahen die Frage. Die gemeinrechtliche Rechtsprechung steht überwiegend auf demselben Standpunkte. Im preußischen Rechte wird das Erforderniß ebenfalls anerkannt. Der Entwurf erwähnt Verschuldung als Erforderniß des Verzuges nicht ausdrücklich. Er bestimmt aber, daß der Schuldner nicht in Verzug komme, solange er in Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes nach den Vorschriften der §§ 237, 241 zu leisten nicht verpflichtet sei (§ 246). Gemeint ist damit die zeitweilige Befreiung des Schuldners von der Leistungsverpflichtung, welche nach dem Entwurf die Folge einer nach Begründung der Verbindlichkeit eingetretenen subjektiven oder objektiven Unmöglichkeit der Erfüllung ist (§ 237), und der Fall der Nichtleistung

in Folge entschuldbaren Irrthums des Schuldners in Ansehung des Schuldverhältnisses (§ 241). Solchergestalt ist der Rechtsgrundsatz, daß zum Verzuge des Schuldners Verschulden des Letzteren gehöre, anerkannt, aber nur in der Richtung, daß eine unter den Gesichtspunkt des § 237 fallende Unmöglichkeit der Erfüllung und ein der Bestimmung des § 241 entsprechender Irrthum denjenigen, der eine fällige Leistung trotz Mahnung oder trotz einer nach dem Kalender bestimmten oder aus dem Kalender sich ergebenden Leistungszeit nicht bewirkt, entschuldigt. In allen anderen Fällen läßt der Entwurf eine Entschuldigung nicht gelten. Damit sind manche Streitfragen abgeschnitten. So die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine auf Seite des Schuldners vorhandene Nichtkenntniß der Schuld dem Eintritte des Verzuges entgegenstehe (Dernburg, Pand. II § 40; S. A. 20, 113). Desgleichen die Frage, ob eine durch unverschuldete Unglücksfälle herbeigeführte Unmöglichkeit der Zahlung als Entschuldigungsgrund angesehen werden könne (Windscheid, Dernburg).

Nicht ausdrücklich entschieden wird vom Entwurfe die anderweit vielfach besprochene Frage, ob Verzug ausgeschlossen ist, wenn dem Forderungsrecht eine Einrede entgegensteht. Soweit die Fälligkeit der Forderung durch die Einrede ausgeschlossen wird, kann Verzug nicht eintreten, da derselbe die Fälligkeit der Forderung erfordert. Zerstörende Einreden können zu einem Zweifel ebenfalls nicht Veranlassung geben. Soweit sie begründet sind, stehen sie dem Anspruche überhaupt entgegen, lassen also die Möglichkeit eines Verzugs nicht aufkommen. Auch für die Einrede der Aufrechnung sind Zweifel dadurch ausgeschlossen, daß die Aufrechnung nach § 283 rückwirkende Kraft in der Art haben soll, daß die beiderseitigen Forderungen in dem sich deckenden Betrage in dem Zeitpunkte als erloschen gelten, in welchem sie als zur Aufrechnung geeignet sich gegenüber getreten sind.

Der Verzug begründet die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung des Interesses, welches der Gläubiger an der rechtzeitigen Leistung des geschuldeten Gegenstandes gehabt hat. Dieser Satz ist unbestritten. Im Entwurfe hat er dahin Ausdruck gefunden, daß der Schuldner dem Gläubiger den durch den Verzug verursachten Schaden zu ersetzen hat. Streitig ist aber seine Anwendung in den Fällen des Unterganges, der Verschlechterung und der Werthsverringerung oder Werthserhöhung der Sache, welche Gegenstand der geschuldeten Leistung ist, während der Dauer des Verzuges.

Nach römischer Auffassung wird die Obligation durch den Verzug perpetuirt. Als Folge ergibt sich, daß die während des Verzuges durch den Untergang der Sache bewirkte Unmöglichkeit der Leistung

den Schuldner von der Haftung auch dann nicht befreit, wenn der Untergang ohne Verschuldung des Leistungspflichtigen erfolgt ist. Es ist aber von Alters her streitig, ob der Satz unbeschränkt gilt (Madai), oder ob seine Geltung ausgeschlossen ist, wenn die Sache bei rechtzeitiger Leistung auch dem Gläubiger untergegangen sein würde. Hervorgerufen ist der Streit dadurch, daß in den römischen Rechtsquellen das Fortbestehen der Haftung trotz unverschuldeter Unmöglichkeit der Leistung mit der Erwägung gerechtfertigt wird, daß dem Gläubiger die rechtzeitige Leistung die Möglichkeit verschafft hätte, die Sache durch Veräußerung zu verwerthen. Dadurch aber wurde die Frage streitig, ob und inwieweit die Fortdauer der Haftung des Schuldners trotz dem Untergange der Sache von der Verwerthbarkeit der Sache während des Verzuges abhängig gemacht werden soll. Und diejenigen Schriftsteller, welche im Gegensatze zu der Meinung, nach welcher der Untergang der Sache während des Verzuges den Schuldner überhaupt nicht befreien kann, der Frage der Verwerthbarkeit der Sache durch den Gläubiger Einfluß auf die Haftung des Schuldners einräumten, stritten wieder darüber, ob der Gläubiger zur Begründung des Anspruchs auf den Werth der untergegangenen Sache zu beweisen habe, daß er bei rechtzeitiger Leistung die Sache verkauft haben, mithin sowohl im Stande, als auch des Willens, die Sache zu verkaufen, gewesen sein würde (Unger, Sintenis), oder ob dem Schuldner, um von seiner Haftung frei zu werden, der Beweis obliege, daß der Gläubiger bei rechtzeitiger Lieferung die Sache nicht verkauft, der Untergang der Sache also den Gläubiger getroffen haben würde (Savigny, Mommsen, Windscheid, Dernburg). Die letztere Auffassung darf als die herrschende bezeichnet werden.

Der Entwurf entscheidet die Streitfrage dahin, daß der Schuldner auch wegen einer während des Verzuges durch Zufall eingetretenen Unmöglichkeit der Leistung hafte, sofern nicht erhelle, daß der durch diesen Zufall entstandene Schaden auch im Falle rechtzeitiger Leistung entstanden sein würde (§ 251). Die Streitfrage ist also im Sinne der herrschenden Meinung entschieden.

Von der Verschlechterung der Sache während des Verzuges gilt nach bisherigem Rechte dasselbe, was von dem Untergange der Sache gesagt ist. Die Haftung des Schuldners besteht unter denselben Voraussetzungen, unter denen sie beim Untergange der Sache fortbesteht, unverändert fort. Die Verschlechterung gilt als Unmöglichkeit gehöriger Leistung. Der Entwurf enthält keine Abweichung vom geltenden Rechte. Die im § 251 enthaltene Bestimmung ist auch auf den Fall einer Verschlechterung der Sache und der dadurch bewirkten Unmöglichkeit gehöriger Leistung anwendbar.

Unter den gleichen Gesichtspunkt mit der Verschlechterung wird im gemeinen Rechte die ohne Verschlechterung eintretende Werthsverringerung der Sache in der Art gebracht, daß der Schuldner mit der den Verwerthungswillen des Gläubigers und die Verwerthungsmöglichkeit betreffenden Maßgabe für den Werth verhaftet ist, den die Sache beim Eintritte des Verzuges gehabt hat. Der Entwurf enthält keinen diesem Rechtsgedanken Ausdruck gebenden Satz. Die Motive erklären es für bedenklich, eine Werthsverringerung durch Sinken der Preise mit der Verschlechterung des Gegenstandes gleichzustellen. Sie verweisen aber auf den allgemeinen Grundsatz des § 247, indem sie bemerken, es sei darnach dem Gläubiger unbenommen, den ihm in Folge der Werthsverringerung erwachsenen Schaden geltend zu machen, wenn er erweislich bei rechtzeitiger Leistung vor der Werthsverringerung verkauft haben würde (II, 165). Die Sätze des Entwurfes kommen also darauf hinaus, daß bei einer nach Eintritt des Verzuges sich ereignenden Verschlechterung der Sache der Schuldner schadensersatzpflichtig ist, wenn er nicht darthut, daß der Schade auch den Gläubiger getroffen, daß der Gläubiger also die Sache vor ihrer Verschlechterung nicht veräußert haben würde, während bei einer nicht mit einer Verschlechterung verbundenen Werthsverringerung der Sache nach Eintritt des Verzuges der Schuldner nur schadensersatzpflichtig ist, wenn der Gläubiger darthut, daß er die Sache bei rechtzeitiger Leistung vor jener Werthsverringerung verwerthet haben würde.

Erhöht sich der Werth der Sache nach Eintritt des Verzuges, so haftet nach der einen Ansicht (Puchta, Arndts) der Schuldner in allen Fällen auch für diesen Werth, also für den höchsten Werth, den die Sache seit dem Beginne des Verzuges gehabt hat. Von anderer Seite (Mommsen, Dernburg) wird — abgesehen von dem Falle widerrechtlicher Entziehung der Sache, in welchem die Haftung des Schuldners für den höchsten Werth, den die Sache in der Zwischenzeit gehabt hat, unbestritten ist — dem Gläubiger ein Anspruch auf den höheren Werth, den die Sache in der Zwischenzeit gehabt hat, nur gegeben, wenn er den Nachweis führt, daß er die Absicht gehabt hat, die Sache zur fraglichen Zeit zu verkaufen, und daß er nur durch den Verzug des Schuldners daran gehindert worden ist.

Der Entwurf enthält auch für diesen Fall keine besondere Bestimmung. Bei Anwendung des mehrerwähnten allgemeinen Grundsatzes ist der Fall dahin zu entscheiden, daß dem Gläubiger Schadensersatz nach Maßgabe des höchsten oder des höheren Werthes in der Zwischenzeit zuzubilligen ist, wenn er darthut, daß er den Willen und die Gelegenheit gehabt habe, die Sache bei rechtzeitiger Leistung für jenen höheren Werth zu veräußern.

VI. Anspruchsverjährung.

§ 18. A. Bezeichnung. — Anfangspunkt.

Der Entwurf hat die Bezeichnung „Anspruchsverjährung", welche zuerst Windscheid an die Stelle des bis dahin üblich gewesenen Ausdruckes „Klagverjährung" gesetzt hat, angenommen. Windscheid hat mit dem gewählten Ausdrucke eine Uebersetzung des Wortes „actio" geben wollen, welche dem Wesen der actio selbst und der mit der Einführung der Verjährung der actio dieser letzteren gesetzten zeitlicher Beschränkung besser entspreche, als die bisher gebrauchte Bezeichnung. Den neu gewählten Ausdruck hat Wächter ebenfalls angenommen. Von anderer Seite ist die neue Bezeichnung unberücksichtigt gelassen oder (Dernburg) bekämpft worden. Die Wahl des Ausdrucks würde von wesentlicher Bedeutung sein, wenn dem Ausdruck Einfluß auf den Inhalt der Rechtsnormen beizumessen wäre. Ohne solchen Einfluß wird kaum erhebliches Gewicht darauf zu legen sein, ob der Verjährung gegenüber die Klage im Ausdruck zum Anspruch erweitert oder in der alten Beschränkung belassen wird.

Eine noch nicht zum Austrage gebrachte Streitfrage betrifft den Anfangspunkt der Verjährung. Die ältere, noch von Savigny und Puchta vertretene Ansicht verlangte zum Verjährungsbeginn eine Rechtsverletzung. Nach einer anderen Auffassung soll die Verjährung beginnen, sobald die Verbindlichkeit des Beklagten so begründet ist, daß die Anstellung der Klage rechtlich möglich erscheint (Vangerow). Wieder von anderer Seite wird angenommen, daß, sobald es bei dem Gläubiger stehe, den Eintritt der Thatsachen herbeizuführen, von denen die rechtliche Möglichkeit der Klaganstellung abhänge, dies für den Verjährungsbeginn dieselbe Bedeutung habe, wie wenn die Thatsachen in dem Zeitpunkte eingetreten wären, in welchem sie, sofern der Wille des Gläubigers auf ihre Herbeiführung gegangen wäre, eingetreten sein würden (Unterholzner). Diese letztere Auffassung hat in letzterer Zeit erheblich an Boden gewonnen. Als die herrschende wird sie aber nicht bezeichnet werden dürfen. Der Entwurf hat sich ihr angeschlossen, und zwar, wie die Motive (I, 307) ergeben, aus dem Zweckmäßigkeitsgrunde, daß der nach der fraglichen Auffassung für den Beginn der Verjährung maßgebende Zeitpunkt in den meisten Fällen mit der Entstehung des Anspruchs zusammenfalle und daher der Regel nach einen ebenso sicheren, als leicht erkennbaren Anhalt für die Bestimmung des Anfanges der Verjährung biete. Man wird zugeben dürfen, daß dieser Grund für die unter den verschiedenen aufgestellten Ansichten getroffene Auswahl im Hinblick auf die von den Vertheidigern der

verschiedenen Ansichten vorgebrachten, dem Wesen der Klage und des Anspruchs und des Rechtsinstitutes der Verjährung entnommenen Gründe und Gegengründe bei der bisherigen Ergebnißlosigkeit des Streites immhin von Gewicht ist.

Der vom Entwurfe aufgestellte allgemeine Grundsatz ist dahin gefaßt, daß die Verjährung in dem Zeitpunkte der Fälligkeit des Anspruches, d. h. in dem Zeitpunkte, in welchem die Befriedigung des Anspruches rechtlich verlangt werden kann, ihren Anfang nimmt. Als Ausfluß dieses Grundsatzes ergibt sich der Satz, daß die Verjährung eines bedingten oder betagten Anspruchs erst nach dem Eintritte der Bedingung oder des Termines beginnt (§ 158 Abs. 2). Als Einschränkungen des Grundsatzes aber sind die weiter aufgenommenen Sätze anzusehen, daß, wenn die Befriedigung eines Anspruchs von dem Verlangen oder von der Kündigung des Berechtigten abhängig ist, die Verjährung in dem Zeitpunkte anfängt, in welchem das Verlangen oder die Kündigung erfolgen konnte, und daß, wenn von der Kündigung an noch eine Frist für die Befriedigung bestimmt ist, die Verjährung in dem Zeitpunkte beginnt, in welchem ein dieser Frist gleichkommender Zeitraum seit dem Zeitpunkte, in welchem die Kündigung erfolgen konnte, abgelaufen ist (§ 158 Abs. 4). Besteht also für den Gläubiger die Möglichkeit, die Fälligkeit des Anspruchs durch Erfüllungsverlangen herbeizuführen, so beginnt die Verjährung nicht erst in dem Zeitpunkte des wirklichen Eintrittes dieser Fälligkeit, sondern schon in dem Zeitpunkte, den der Gläubiger mittelst Verlangens der Erfüllung zum Zeitpunkte der Fälligkeit machen konnte. Eine fernere Einschränkung jenes Grundsatzes ist in dem Satze ausgesprochen, daß, wenn die Entstehung eines Anspruchs von dem bloßen Willen des Berechtigten abhängt, die Verjährung mit dem Zeitpunkte beginnt, in welchem der Anspruch zur Entstehung gebracht werden konnte. Nach dieser Rechtsnorm läßt der Entwurf in dem fraglichen Falle die Verjährung des Anspruchs beginnen und stellt damit die Möglichkeit einer Vollendung der Verjährung des Anspruchs hin, bevor der letztere entstanden ist und ohne daß er je zur Entstehung gelangt. Die Verjährung nimmt solchenfalls dem Anspruche die Möglichkeit zu entstehen.

Die Normen des Entwurfes beziehen sich auf dingliche Ansprüche ebenso, wie auf persönliche. Sie treffen also den Eigenthumsanspruch auf Herausgabe der Sache auch in dem Falle, in welchem der Inhaber die Sache im Namen des Eigenthümers hat. Wenn der Anspruch vermöge des zwischen dem Eigenthümer und dem Inhaber bestehenden Rechtsverhältnisses bedingt oder betagt oder von dem Verlangen der Herausgabe der Sache oder von einer Kündigung abhängig ist, so treten die oben angegebenen allgemeinen Grundsätze ein.

Eine andere Streitfrage wird im § 160 entschieden, in welchem bestimmt ist, daß, wenn wiederkehrende Leistungen von einem Hauptrechte nicht abhängen, die Verjährung des Anspruchs im Ganzen in dem Zeitpunkte beginnt, in welchem die Verjährung des Anspruchs auf eine Leistung begonnen hat. Der Satz bezieht sich auf Rentenrechte, betreffs deren gestritten wird, ob eine erlöschende Verjährung des Rentenrechtes schon mit dem Unterbleiben einer fälligen Leistung beginne, oder ob zum Beginn der Verjährung ein erfolgreiches Bestreiten des Rechtes Seitens des Verpflichteten erfordert werden müsse, oder ob eine Verjährung des Rentenrechtes überhaupt ausgeschlossen sei.

19. B. Hemmung und Unterbrechung der Verjährung.

In einer Reihe von Normen enthält der Entwurf bestimmte Voraussetzungen, unter denen der Beginn der Verjährung ausgeschlossen sein und eine bereits begonnene Verjährung ruhen soll. Der Entwurf faßt diese Fälle unter dem Begriffe der Hemmung der Verjährung zusammen (§§ 161 ff.).

Die fraglichen Bestimmungen ersetzen einestheils diejenigen gemeinrechtlichen Normen, welche sich auf die der Klagerhebung entgegenstehenden thatsächlichen Hindernisse beziehen. Diese letzteren wirken im gemeinen Rechte — abgesehen von feindlichem Einbruch, der auch den Lauf der gewöhnlichen Verjährung hemmt, — nur bei einjähriger und kürzerer Dauer der Verjährungszeit. Der Entwurf läßt im Falle eines Stillstandes der Rechtspflege eine jede Verjährung während der Dauer desselben gehemmt werden (§ 164). Er legt ferner eine die Verjährung hemmende Wirkung der höheren Gewalt bei, durch welche der Berechtigte an der Klagerhebung verhindert worden ist, aber hier mit der Beschränkung, daß die Wirkung nur bei einer Verjährungszeit von sechs Monaten oder von kürzerer Dauer und bei einer längeren Verjährungszeit nur in dem Falle eintritt, daß die Verhinderung des Berechtigten innerhalb der letzten sechs Monate der Frist stattgefunden hat (§ 165).

Anderentheils wird durch die Bestimmungen der Kreis der gemeinrechtlichen Rechtssätze erweitert und abgerundet, nach denen vermöge eines zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten bestehenden, die Klagerhebung hindernden persönlichen Verhältnisses oder vermöge persönlicher Unfähigkeit des Berechtigten, Klage zu erheben, die Verjährung nicht läuft. In dieser Hinsicht läßt der Entwurf die Verjährung für Ansprüche zwischen dem Vormunde und dem Mündel während der Dauer des Vormundschaftsverhältnisses, für Ansprüche zwischen Eltern und Kindern während der Minderjährigkeit

der Letzteren, für Ansprüche zwischen Ehegatten während der Dauer der Ehe gehemmt werden (§ 168). Zu Gunsten von Personen, welche in Folge von Geschäftsunfähigkeit oder von beschränkter Geschäftsfähigkeit nicht prozeßfähig, jedoch mit einem gesetzlichen Vertreter nicht versehen sind, soll nach dem Entwurfe die Verjährung insoweit gehemmt werden, als dieselbe nicht vor Ablauf von sechs Monaten nach dem Zeitpunkte vollendet wird, in welchem die Person entweder geschäftsfähig und dadurch prozeßfähig geworden ist oder einen gesetzlichen Vertreter erhalten hat. Dieselbe Wirkung wird zu Gunsten sogenannter juristischer Personen dem Mangel der Bestellung eines gesetzlichen Vertreters beigelegt. Die sechs Monate werden in diesen Fällen von dem Zeitpunkte der Bestellung des Vertreters gerechnet. Ebenso wirkt zu Gunsten eines Nachlasses der Mangel eines Vertreters des Nachlasses. Die Verjährung der zu dem Nachlasse gehörigen Ansprüche soll nicht vor Ablauf von sechs Monaten nach dem Zeitpunkte vollendet werden, in welchem über den Nachlaß der Konkurs eröffnet oder ein Vertreter, von welchem der Anspruch geltend gemacht werden kann, bestellt oder die Erbschaft von dem Erben angenommen worden ist. An die Stelle der sechs Monate tritt überall die Verjährungsfrist selbst, wenn dieselbe kürzer ist, als sechs Monate (§§ 166, 167).

In der Prozeßunfähigkeit und dem Mangel eines gesetzlichen Vertreters dessen, *gegen den* die Rechtsverfolgung stattzufinden haben würde, erkennt der Entwurf der Regel nach keinen Grund der Hemmung der Verjährung. Doch hat für Ansprüche gegen einen Nachlaß der Mangel eines Vertreters des Nachlasses zu Gunsten der Nachlaßgläubiger dieselbe Wirkung der Aufschiebung einer Vollendung der Verjährung, wie für die zum Nachlasse gehörigen Ansprüche zu Gunsten des Nachlasses (§ 167).

Eine Hemmung der Verjährung läßt der Entwurf ferner in den Fällen eintreten, in welchen ein rechtliches Hinderniß vermöge der Beschaffenheit des Anspruchs oder vermöge einer besonderen Vorschrift die Rechtsverfolgung nicht gestattet (§ 162 Abs. 1).

Nach den Motiven (I, 313) ist hierbei die Möglichkeit von Moratoriengesetzen ins Auge gefaßt, auch an die Möglichkeit des Ergehens von Gesetzen gedacht, welche zur Erreichung wichtiger gesetzgeberischer Zwecke den Gerichten die Annahme von Klagen für eine gewisse Zeit untersagen. Man wird fragen dürfen, ob das Gesetzbuch Veranlassung hat, dergleichen Fälle, in denen außergewöhnliche Ereignisse außergewöhnliche gesetzgeberische Mittel fordern können, vorzusehen. Sollten dergleichen Ereignisse eintreten und ein Einschreiten der Gesetzgebung herbeiführen, so scheint es auch als Sache dieser Ge-

setzgebung angesehen werden zu müssen, die Tragweite des Ausnahmegesetzes zu bestimmen und, und wenn es die Rechtsverfolgung zeitweilig ausschließt, daneben das Mittel zu gewähren, die Ausschließung insoweit unschädlich zu machen, als es der staatliche Zweck des Ausnahmegesetzes zuläßt. Schutz gegen eine künftige Gesetzgebung soll das Gesetzbuch doch nicht gewähren, und zwar um so weniger, als eine den Rechtsschutz versagende Gesetzgebung, mit deren Möglichkeit die Motive rechnen, nach der Reichsverfassung nur eine Reichsgesetzgebung sein könnte.

Der § 162 Abs. 1 soll aber außerdem eine gemeinrechtliche Streitfrage zum Austrage bringen, die Frage nämlich, ob die Verjährung durch Einreden, die dem Anspruche entgegenstehen und eine wirksame Rechtsverfolgung zu hindern geeignet sind, gehemmt wird. Die Meinungen der Schriftsteller über die Frage gehen aus einander. Von der einen Seite (Savigny, Dernburg) wird behauptet, daß die Verjährung durch Einreden nicht ausgeschlossen wird, von anderer Seite der Satz aufgestellt, daß die Verjährung nicht läuft, so lange dem Anspruche eine Einrede entgegensteht (Windscheid). Der Entwurf (§ 162 Abs. 2 und 3) läßt die Verjährung dadurch nicht gehemmt werden, daß dem Anspruche die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, des Zurückbehaltungsrechtes, der Vorausklage, die Abzugseinrede des Inventarserben, die Aufrechnungseinrede, die Einrede der Anfechtbarkeit entgegensteht. Andere Einreden erwähnt der Entwurf nicht. Die Motive aber (I, 313 f.) stellen außer Zweifel, daß mit dem Satze im § 162 Abs. 1, nach welchem die Verjährung durch jedes Hinderniß gehemmt wird, welches vermöge der Beschaffenheit des Anspruchs die Rechtsverfolgung nicht gestattet, einem allgemeinen Grundsatze dahin, daß Einreden die Verjährung hemmen, hat Ausdruck gegeben werden sollen, so daß die einzeln aufgezählten Einreden als Ausnahmen von der Regel anzusehen sind. Die Motive führen dabei aus, der Schwerpunkt der Frage nach der Wirkung der Einreden für den Lauf der Verjährung liege auf dem Gebiete der verzögernden Einreden. Immerhin seien aber auch Fälle denkbar, in denen es von Bedeutung sein könne, ob der zerstörenden Einrede hemmende Wirkung zukomme. Betreffs der verzögernden Einreden bezeichnen die Motive es als gewiß, daß nicht wenige die Verjährung hindern müssen, also ebenso gewiß, daß nicht alle derartige Einreden die Verjährung hindern können. Sie bemerken, es könne fraglich sein, ob die Regel dahin zu fassen sei, daß Einreden die Verjährung hemmen, oder dahin, daß sie dieselbe nicht hemmen, — in beiden Fällen vorbehaltlich von Ausnahmen, halten aber dafür, daß überwiegende Gründe der Gerechtigkeit und Billigkeit für ersteres sprechen.

Ob der Gedanke, den der Entwurf nach den Motiven aussprechen will, in den angegebenen Worten einen genügend klaren Ausdruck erhalten hat, ist wohl mehr als zweifelhaft. Soll gesagt werden, daß die Verjährung gehemmt wird, wenn und solange dem Anspruche Einreden entgegen stehen, so weiß ich nicht, aus welchem Grunde der Entwurf den Satz nicht so ausspricht, wie er lautet, unter Hinzufügung der Ausnahmen, die von ihm zu machen sind. Als rechtliche Hindernisse, welche vermöge der Beschaffenheit des Anspruchs die Rechtsverfolgung nicht gestatten, werden rechtsvernichtende Einreden, auf die doch der fragliche Satz bezogen werden soll, nicht wohl bezeichnet werden dürfen. Das Nichtvorhandensein oder Nichtmehrvorhandensein eines Anspruchs, das mit einer rechtsvernichtenden Einrede geltend gemacht wird, fällt doch nicht unter den Begriff einer Beschaffenheit des Anspruchs.

Im Uebrigen möchte ich die Annahme der Motive, es seien Fälle denkbar, in welchen es von Bedeutung sein könne, ob der zerstörenden Einrede eine die Verjährung hemmende Wirkung zukomme, an sich nicht für unrichtig halten. Man muß unterstellen, daß die rechtsvernichtende Wirkung der Einrede zwar vorhanden gewesen, aber demnächst wieder weggefallen ist. Durch Vertrag wird sich ein solcher Wegfall zwar nicht bewirken lassen. Steht einem Anspruch eine begründete, durch eine Replik nicht zu beseitigende rechtsvernichtende Einrede gegenüber, so kann von einer Hinderung der Verfolgung des Anspruchs auf so lange, bis die Einrede etwa durch Vertrag sich erledige, nicht die Rede sein. Ein Vertrag kann nur einen neuen Anspruch mit neuem Verjährungsbeginn ins Leben rufen. — Der Fall könnte jedoch unter der Voraussetzung entsprechender Gestaltung prozessualischen Schutzes bei der Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache in der Art vorkommen, daß einer rechtskräftig ausgesprochenen Klagabweisung gegenüber sich Anfechtungsgründe, durch welche eine Nichtigkeitserklärung des Urtheils oder eine Restitution gegen dasselbe herbeigeführt werden kann, herausstellen. Allein das geltende Prozeßrecht knüpft die Anfechtung eines rechtskräftigen Urtheils dergestalt an bestimmte Fristen und Formen, daß darnach für eine Anwendung des Satzes von einer zeitweiligen Hemmung der Verjährung durch die an sich begründet gewesene, aber später in ihren Wirkungen beseitigte Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache kein Raum gegeben zu sein scheint. Denkbar wäre es indeß, daß ein neues Gesetz mit rückwirkender Kraft einer Einrede die rechtsvernichtende Kraft nähme. Ich setze den Fall: Einem Anspruche steht die Einrede des Vergleichs entgegen. Der Vergleich ist mündlich geschlossen. Durch ein neues Gesetz wird mit rückwirkender Kraft bestimmt, daß aus mündlich ge-

schlossenen Vergleichen weder Klage noch Einrede stattfinde. Hier würde der Satz, daß rechtsvernichtende Einreden die Verjährung hemmen, zur Anwendung kommen können, wenn nicht das neue Gesetz selbst sich mit der Verjährungsfrage durch eine darauf bezügliche Bestimmung abfände. Ob aber durch die entfernte Möglichkeit solcher Fälle die Aufnahme einer den rechtsvernichtenden Einreden die Bedeutung von Hemmungsgründen der Verjährung wahrenden Bestimmung in das Gesetzbuch gerechtfertigt erscheinen kann, wird bezweifelt werden dürfen.

Betreffs der Frage, wie das Verhältniß verzögernder Einreden zur Verjährung zu bestimmen sei, wird die Ansicht aufgestellt (Unger, Vangerow), daß durch dergleichen Einreden, wenn es nicht in der Macht des Klagberechtigten liege, sie zu beseitigen, der Klaganspruch und damit der Beginn der Verjährung ebenso hinausgeschoben werde, wie sie, später entstanden, den Lauf der begonnenen Verjährung hemmen. In diesem Sinne wird der Einrede des nicht erfüllten Vertrages, des Zurückbehaltungsrechtes, der Vorausklage und der Aufrechnungseinrede die Wirkung der Hemmung der Verjährung abgesprochen. Nach Windscheid ist, um der verzögernden Einrede die Wirkung der Hemmung der Verjährung zu nehmen, nicht bloß erforderlich, daß es in der Macht des Berechtigten gestanden habe, die Einrede zu beseitigen. Es gehört dazu auch, daß der Berechtigte die Einrede hätte beseitigen sollen. Das Ergebniß, zu welchem Windscheid in der Beurtheilung der vier aufgeführten Einreden gelangt, ist aber das gleiche. Denn Windscheid nimmt an, daß in den vier Fällen die Beseitigung der Einrede von dem Berechtigten verlangt werden konnte.

Der Entwurf spricht einen allgemeinen Grundsatz nicht aus, nach welchem sich die Frage entscheiden läßt, ob eine verzögernde Einrede die Verjährung hemme. Er scheidet aber für die angegebenen vier Einreden die Wirkung der Hemmung aus und fügt ihnen noch die Anfechtungseinrede und die Abzugseinrede des Inventarerben bei. Für die letzteren beiden Einreden wird die Hemmungswirkung auch wohl schwerlich angesprochen werden können.

Es fragt sich, welcherlei verzögerliche Einreden noch für die Hemmungswirkung übrig bleiben. Die Motive (I, 314) führen als solche beispielsweise die Stundungseinrede und die Einrede des Miethers gegenüber dem Eigenthumsanspruche auf. Ein Stundungsvertrag, wenn darunter ein Vertrag verstanden wird, durch welchen Gläubiger und Schuldner übereinkommen, daß ein bestimmter Anspruch nicht zu der bis dahin dafür festgesetzten Zeit, sondern erst in einem späteren Zeitpunkte Befriedigung finden solle, wird regelmäßig eine

Unterbrechung der Verjährung mit der Wirkung des Beginnes einer neuen Verjährungsfrist von dem neu verabredeten Zeitpunkte der Fälligkeit an bewirken. Ein Miethvertrag zwischen dem Eigenthümer und dem Inhaber, durch welchen der Inhaber für eine bestimmte Zeit die Sache vom Eigenthümer miethet, wird ebenfalls, wenn die Verjährung der Eigenthumsklage dem Inhaber gegenüber schon vor dem Abschlusse des Miethvertrages begonnen hat, vermöge des durch den Miethvertrag begründeten Anspruchs des Vermiethers gegen den Miether auf Herausgabe der Sache mit dem Ablaufe der Zeit, für welche der Vertrag geschlossen ist, regelmäßig zur Folge haben, daß mit der in dem fraglichen Zeitpunkte beginnenden Verjährung des Anspruchs aus dem Miethvertrage auf Herausgabe der Sache auch der Eigenthumsanspruch auf Herausgabe neu zu verjähren beginnt, die früher begonnene Verjährung also unterbrochen ist. Allein für einen Anspruch, dessen Verjährung bereits begonnen hat, kann immerhin durch Vertrag oder ein sonstiges Rechtsgeschäft der Zeitpunkt der Befriedigung und damit die Fälligkeit hinausgeschoben werden, ohne daß die Voraussetzungen einer Unterbrechung der Verjährung vorliegen. Und in solchen Fällen wird allerdings eine Hemmung der Verjährung durch das Bestehen einer Einrede anzunehmen, auch für das Gesetzbuch das Erforderniß einer hierauf bezüglichen Normirung anzuerkennen sein.

Der Entwurf enthält im § 163 den Satz, daß die Verjährung des dem Eigenthümer eines Pfandes gegen den Pfandgläubiger zustehenden Anspruches auf Rückgewähr des Pfandes so lange gehemmt ist, als das Pfandrecht besteht. Die Motive (I, 315) bemerken, die Vorschrift enthalte im Wesentlichen eine wegen ihrer praktischen Bedeutung hervorgehobene Folgerung aus § 162 Abs. 1. Es solle dem Mißverständnisse vorgebeugt werden, als eigne sich der Fall zu einer entsprechenden Anwendung des § 162 Abs. 2. Der Eigenthümer sei, auch als persönlicher Schuldner, nicht verpflichtet, das zur Beseitigung Erforderliche zu thun.

Dem gegenüber ist zu bemerken, daß der Grund, aus welchem der Anspruch des Eigenthümers des Pfandes gegen den Pfandgläubiger auf Rückgewährung des Pfandes so lange nicht verjähren kann, als das Pfandrecht besteht, darin zu suchen ist, daß dieser Anspruch erst mit der Befriedigung des Pfandgläubigers entsteht. Es fehlt also der Verjährung an der ersten Voraussetzung, wie sie im § 158 Abs. 1 normirt ist. Der Fall des § 158 Abs. 3 liegt nicht vor. Hat es auch der Eigenthümer des Pfandes in seiner Macht, den Pfandgläubiger zu befriedigen und dadurch den Anspruch auf Rückgewährung des Pfandes zur Entstehung zu bringen, so ist doch diese

Entstehung nicht von seinem bloßen Willen, sondern von jener Thatsache der Befriedigung abhängig. Es kann also in dem Falle des § 163 nicht sowohl von einer Hinderung der Verjährung im Sinne des § 162 Abs. 1, als vielmehr nur von dem Mangel der ersten Voraussetzung der Verjährung die Rede sein. Wie der Satz des § 163 durch die Möglichkeit eines Mißverständnisses des § 162 Abs. 2 gerechtfertigt werden soll, ist schwer abzusehen. Wäre im § 162 Abs. 2 der Satz Unger's aufgestellt, daß die Verjährung durch eine verzögernde Einrede nicht gehemmt werde, die zu beseitigen der Berechtigte in seiner Macht habe, so könnte vielleicht ein Mißverständniß, aber auch dann nur bei hochgradigem Mißtrauen in die Einsicht der zur Rechtsprechung Berufenen, befürchtet werden. Aber die Aufzählung der im § 162 Abs. 2 erwähnten vier Einreden, durch welche die Verjährung nicht gehemmt werden soll, wird schwerlich dazu verleiten können, diesen vier Einreden die der Pfandrückforderungsklage entgegenzusetzende Berufung des Pfandgläubigers darauf, daß das Pfandrecht noch bestehe, mit der Wirkung gleichzustellen, daß die Nichtbefriedigung des Pfandgläubigers innerhalb der Verjährungszeit für den Eigenthümer des Pfandes die Verjährung des Anspruchs auf Rückgewährung des Pfandes nach erfolgter Befriedigung zur Folge haben könnte.

Die alten Gründe der Unterbrechung der Verjährung, Anerkenntniß und Klaganstellung, bleiben nach dem Entwurfe bestehen. In Ansehung des Anerkenntnisses als Unterbrechungsgrundes schließt sich der Entwurf dem geltenden Rechte an (§ 169). Der Unterbrechungsgrund der Klagerhebung ist in mehrfacher Hinsicht anders gestaltet, als im bisherigen Rechte. Eine Reihe anderer auf Geltendmachung des Anspruchs und Herbeiführung seiner Befriedigung gerichteter Handlungen werden der Klagerhebung gleichgestellt (§§ 170, 179, 180). Hierher gehört in Abweichung vom gemeinen Rechte die Streitverkündung. Nicht gleichgestellt wird ihr die Geltendmachung des Anspruchs durch Einrede. Der Beklagte ist also, wenn er mit der Vorbringung einer Einrede die Wirkung verbinden will, daß die Verjährung des mit der Einrede geltend gemachten Anspruchs unterbrochen werde, auf das Mittel der Anbringung eines auf die Feststellung des Anspruchs gerichteten Widerklageantrages verwiesen. Anders und abweichend von der im gemeinen Rechte herrschenden Ansicht entscheidet der Entwurf die Frage der Wirkung der bei einem unzuständigen Gerichte erfolgten Klagerhebung (§ 171 Abs. 2). Die durch § 243 Abs. 3 C.P.O. hervorgerufene Streitfrage, ob mit der Zurücknahme der Klage in Folge der damit verbundenen Wirkung, daß der Rechtstreit als nicht anhängig geworden anzusehen sei, auch die Unterbrechung der Verjährung als nicht geschehen gelten müsse (Aschrott,

Dernburg), wird vom Entwurfe dahin entschieden, daß die Unterbrechung als nicht erfolgt gilt, wenn der Berechtigte die Klage zurücknimmt. Dieselbe Wirkung tritt ein, wenn die Klage wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung abgewiesen wird (§ 171 Abs. 1). In ähnlicher Weise wird die Zurücknahme, Nichtverfolgung, Zurückweisung anderer, der Klagerhebung in ihrer Wirkung für die Unterbrechung der Verjährung gleichgestellter Mittel der Verfolgung des Anspruchs beurtheilt (§§ 172, 173, 176 Abs. 2). Wieder anders werden die Fragen entschieden, welchen Einfluß auf die Verjährung und ihre Unterbrechung es habe, wenn die Klage wegen Unzulässigkeit des gewählten Prozesses abgewiesen werde (§ 171 Abs. 4), und wenn der Prozeß in Folge einer Vereinbarung der Parteien oder in Folge der Unterlassung des Betreibens in Stillstand gerathe (§ 174 Abs. 2). — Wir haben es in allen diesen Fällen mit Bestimmungen zu thun, durch welche die gemeinrechtliche Auffassung, die regelmäßig an den Akt der Klagerhebung ohne Rücksicht darauf, ob die Klage zum Ziele führt, die Wirkung der Unterbrechung der Verjährung knüpft, durch eine Reihe von Normen ersetzt werden soll, welche den verschiedenen möglichen Fällen sich anpassen und jeden dieser Fälle möglichst zweckmäßig zu entscheiden bestimmt sind.

§ 20. C. Wirkung der Verjährung.

Daß dinglichen Ansprüchen gegenüber die Verjährung nur Schutz gegen den von ihr getroffenen bestimmten Anspruch gewährt, ohne das dingliche Recht selbst, dessen Ausfluß der Anspruch ist, aufzuheben, ist nach geltendem Rechte unbestritten. Streitig ist die Frage nach der Wirkung der Verjährung persönlichen Ansprüchen gegenüber. Von der einen Seite (Vangerow) wird die Forderung selbst durch die Verjährung als erloschen angesehen. Von anderer Seite (Dernburg) wird Fortbestand von Forderung und Anspruch trotz der Verjährung angenommen und der Verjährung nur die Wirkung beigelegt, daß mit ihrer Vollendung dem Gläubiger das Mittel genommen ist, seine Befriedigung zwangsweise durchzusetzen. Eine mittlere Ansicht (Windscheid) geht dahin, daß die Verjährung den Anspruch aufhebe, aber nicht, indem sie ihn vernichte. Der Anspruch soll vielmehr zu bestehen fortfahren. Und die Aufhebungswirkung der Verjährung wird in der Begründung einer den Anspruch ausschließenden Einrede gefunden.

Der Entwurf (§ 182 Abs. 1) bestimmt die Wirkung der Verjährung dahin, daß nach Vollendung der letzteren dem Anspruche eine Einrede entgegenstehe, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen werde. Diese Wirkung tritt gleichermaßen für

dingliche und für persönliche Ansprüche ein. Die Ausschließung der Geltendmachung des Anspruchs läßt das Forderungsrecht selbst bestehen; der Fortbestand zeigt sich darin, daß eine nach vollendeter Verjährung erfolgte Befriedigung des Anspruchs wirksam bleibt. Das Geleistete kann auch dann nicht zurückgefordert werden, wenn in Unkenntniß der Verjährung des Anspruchs geleistet ist (§ 182 Abs. 2). Der Fortbestand zeigt sich sodann darin, daß ein verjährter Anspruch wirksam zum Gegenstande eines Anerkenntnißvertrages gemacht werden kann. Letzteres ergiebt sich aus den §§ 683, 684, nach denen die Erfüllung eines schriftlichen Anerkenntnißvertrages selbst in dem Falle, daß das Anerkenntniß den Verpflichtungsgrund nicht oder nicht bestimmt bezeichnet, nur verweigert werden darf, wenn die Voraussetzungen der Rückforderung einer Leistung wegen ungerechtfertigter Bereicherung vorliegen, und daraus, daß eine ungerechtfertigte Bereicherung in der Befriedigung eines verjährten Anspruchs nicht gefunden wird (§ 182 Abs. 2). Jener Fortbestand tritt ferner in der Bestimmung hervor, daß die Verjährung eines durch Pfandrecht gesicherten Anspruchs den Berechtigten nicht hindert, seine Befriedigung aus dem Pfande zu verlangen (§ 183 Abs. 1), sowie in dem Satze, daß, wenn zum Zwecke der Sicherung eines Anspruchs ein Recht übertragen ist, die Rückforderung auf Grund der Verjährung des Anspruchs nicht stattfindet (§ 183 Abs. 3). Zur Aufrechnung erweist sich ein verjährter Anspruch auf Grund der Bestimmung im § 281 Abs. 2, nach welcher eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, nicht zur Aufrechnung gebracht werden kann, als ungeeignet.

Damit, daß der Entwurf der Verjährung die Wirkung der Erzeugung einer Einrede beilegt, scheint die noch immer nicht verschwundene Streitfrage, ob die Gerichte auf die Verjährung von Amtswegen Rücksicht zu nehmen haben, endgültige Erledigung im Sinne der Verneinung der Frage finden zu sollen.

Der im § 184 Abs. 1 enthaltene Satz, daß mit der Verjährung des Hauptanspruchs auch die von demselben abhängenden Nebenleistungen verjährt sind, entspricht dem geltenden Rechte. Der im § 184 Abs. 2 aufgenommene Satz, daß bei selbständigen wiederkehrenden Leistungen mit der Verjährung des Anspruchs im Ganzen auch der Anspruch auf die bis dahin verfallenen Leistungen verjährt ist, folgt aus der Bestimmung im § 160.

§ 21. VII. Grundlose Bereicherung.

Der Entwurf enthält die Rechtssätze über die Schuldverhältnisse aus grundloser Bereicherung in fünf Gruppen unter den Ueberschriften:

I. Leistung einer Nichtschuld, II. Nichteintritt des bei einer Leistung vorausgesetzten künftigen Ereignisses oder rechtlichen Erfolges, III. Wegfall des Grundes der Leistung, IV. verwerflicher Empfang, V. sonstiges grundloses Haben.

Die Frage der Bedeutung des Irrthums für die Rückforderung der Zahlung einer Nichtschuld wird dahin entschieden, daß die Rückforderung ausgeschlossen ist, wenn der Leistende zur Zeit der Leistung davon Kenntniß hatte, daß die Verbindlichkeit nicht bestand (§ 737). Damit sind die Streitfragen, ob der als Erforderniß der Rückforderungsklage angesehene Irrthum ein entschuldbarer sein müsse und ob nur ein Irrthum in Thatsachen, nicht auch ein Rechtsirrthum entschuldbar sein könne, beseitigt. Die Art der Erledigung der Streitfrage macht aber den in der condictio indebiti hervortretenden Rechtsgedanken, nach welchem der Irrthum ein wesentliches Erforderniß der Klage ist, fast unerkennbar. Die Rechtsprechung war in neuerer Zeit vielfach dahin gelangt, den Beweis des Irrthums weniger streng zu nehmen und mit der erfolgten Zahlung einer Nichtschuld regelmäßig eine thatsächliche Vermuthung für das Vorhandensein eines der Zahlung zum Grunde liegenden Irrthums zu verbinden, wenn der Irrthum als ein so grober erschien, daß man der Behauptung des Irrthums den Glauben zu versagen hatte. Dies Ergebniß des praktischen Bedürfnisses war auch von der Wissenschaft angenommen und zur herrschenden Lehre erhoben worden. Der Entwurf geht aber rechtsgrundsätzlich über die vom geltenden Rechte der Rückforderung der Zahlung einer Nichtschuld gezogenen Grenzen hinaus. Er läßt nämlich bei nicht bestehender Verbindlichkeit zur Leistung die Rückforderungsklage allgemein zu und schließt sie nur aus, wenn der Leistende von dem Nichtbestehen der Verbindlichkeit Kenntniß hatte. Das Gebiet der Klage ist also erweitert. Nimmt Jemand eine von ihm geforderte Leistung, ohne von dem Nichtvorhandensein der Verbindlichkeit Kenntniß zu haben, vor, weil er einer Prüfung der Frage, ob die Verbindlichkeit in Wahrheit besteht, aus irgend welchen Rücksichten nicht näher treten, dem Fordernden aber in jedem Falle Veranlassung zur Klagerhebung nehmen will, so ist nach dem bisher geltenden Rechte die Rückforderungsklage ausgeschlossen. Nach dem Entwurfe sind, wenn auch der Zahlende selbst der Rücksicht, die ihn zur Zahlung veranlaßt hat, treu bleibt, doch seine Erben bei erlangter Kenntniß von dem Nichtbestehen der Verbindlichkeit nicht gehindert, die Klage anzustellen. Die Rechtsfindung ist damit, daß die Klage auf andere Voraussetzungen gestellt wird, erleichtert. Aber sie verliert an Gedankenmäßigkeit, wirkt mechanisch und läßt Härten zu.

Eine zweite Streitfrage betrifft die Haftung des Bereicherten,

wenn die Bereicherung nachmals, aber vor dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Rückforderungsanspruches weggefallen ist. Die herrschende Lehre unterscheidet, ob der Wegfall in Folge einer Verschuldung des Bereicherten oder ohne solche Verschuldung eingetreten ist, und läßt nur im ersteren Falle den Anspruch fortdauern. Die Verschuldung muß der Natur der Sache nach gegen den Rückforderungsberechtigten gerichtet sein. Sie setzt also voraus, daß der Bereicherte von dem Rückforderungsanspruch Kenntniß erlangt hat. Aber auch in diesem Falle ist sie ausgeschlossen, wenn der Bereicherte Grund hat, anzunehmen, daß der Berechtigte von dem Rückforderungsanspruch keinen Gebrauch machen werde. Der Entwurf schreibt vor, daß die Verbindlichkeit zur Herausgabe des Empfangenen oder zur Werthsvergütung wegfällt, soweit der Empfänger bei Eintritt der Rechtshängigkeit des Rückforderungsanspruchs durch das Geleistete nicht mehr bereichert ist (§ 739 Abs. 2). Die gemeinrechtliche Norm aber, daß trotz dem vor dem Rechtshängigwerden des Rückforderungsanspruchs eintretenden Wegfalle der Bereicherung die Haftung des Bereicherten im Falle der Verschuldung des Letzteren fortdauere, will der Entwurf durch die neugeschaffene Rechtsnorm des § 741 Abs. 2 ersetzen. Dieselbe läßt trotz dem vor dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Rückforderungsanspruchs erfolgten Wegfalle der Bereicherung die Haftung des Empfängers, wenn derselbe erst nach dem Empfange der Leistung, aber vor dem Wegfalle der Bereicherung davon Kenntniß erhalten hat, daß die Verbindlichkeit nicht bestanden habe und daß der Leistende bei der Leistung von dem Nichtbestehen nicht unterrichtet gewesen sei, in der Art fortdauern, daß die Wirkungen der Rechtshängigkeit gegen den Empfänger von dem Zeitpunkte an eintreten, in welchem er von den angegebenen Umständen Kenntniß erhalten hat. Von diesem neuen Rechtssatze gilt dasselbe, was oben von der Aenderung der Bedeutung des Irrthums für die Rückforderung der Leistung einer Nichtschuld gesagt worden ist. Der neue Rechtssatz ist geeignet, die Rechtsfindung zu erleichtern, aber auf die Gefahr hin, daß die Handhabung des Rechtes an Gedankenmäßigkeit verliert und Härten im Gefolge hat. Der Satz geht über das praktische Bedürfniß hinaus und kann Schaden anrichten, weil er auch auf den Fall ausgedehnt werden muß, in welchem der Empfänger Veranlassung hat, anzunehmen, der Leistende wolle trotz erlangter Kenntniß von dem Vorhandensein der Voraussetzungen seines Rückforderungsanspruchs von demselben keinen Gebrauch machen.

Der Entwurf bestimmt: „Die Verbindlichkeit zur Herausgabe oder Werthvergütung erstreckt sich auch auf dasjenige, was der Empfänger aus dem Geleisteten erworben hat“ (§ 740 Abs. 1). Der Satz soll

dem alten Rechtsgedanken Ausdruck geben, daß der Rückforderungsanspruch An- und Zuwüchse, insbesondere Früchte und Zinsen, umfaßt, soweit sie den Gegenstand noch vorhandener Bereicherung bilden. Die Fassung des Satzes gefährdet sein Verständniß. Sie kann zu dem Irrthume verleiten, daß der Bereicherte jede Vermögensvermehrung herauszugeben hat, die ihm durch besonders vortheilhafte Geschäfte mittelst Anwendung des Empfangenen ermöglicht worden ist.

Für das der condictio ob causam nachgebildete Klagrecht der §§ 742—744 soll anscheinend der von Windscheid in die Rechtswissenschaft eingeführte Begriff der Voraussetzung nutzbar gemacht werden. Bei der Aufstellung des fraglichen Begriffs ist die Absicht dahin gegangen, in einer Reihe von Rechtserscheinungen, die auf einen gemeinsamen rechtlichen Gesichtspunkt hinweisen, ohne daß es aber bis dahin gelungen war, den ihnen gemeinschaftlichen Rechtsgedanken befriedigend klar zu stellen, den Rechtsgedanken, der in ihnen Gestalt gewonnen hatte, zu erkennen und damit anderweit nutzbar zu machen. Der neu aufgestellte Rechtsbegriff ist viel bekämpft worden, hat aber, auch in der Rechtsprechung, unzweifelhaften Erfolg gehabt, vielleicht einen im Sinne seines Urhebers selbst zu großen Erfolg. Denn es wird nicht verkannt werden können, daß eine ausgiebige Verwerthung des Begriffs die Rechtsprechung der Gefahr entgegenführt, die bindende Kraft des zum Ausdrucke gelangten Vertragswillens zu Gunsten des Vertragschließenden, der die möglichen Folgen des Vertragschlusses sich nicht ausreichend zum Bewußtsein gebracht hat, mit Hilfe gewisser Billigkeitsrücksichten, mit denen sich der Begriff der Voraussetzung nothdürftig ausfüllen läßt, zu beeinträchtigen. Der Entwurf hat der Voraussetzung die Bedeutung nicht eingeräumt, sie als eine Beschränkung der Wirksamkeit von Verträgen allgemein hinzustellen (zu vergl. oben Eingang des § 9). Sie ist also nur da zu berücksichtigen, wo der Entwurf ihrer besonders erwähnt. Und in Ansehung des in den §§ 742—744 bestimmten Klagrechts kann sie nicht die Bedeutung haben, daß — abgesehen von den Fällen, in denen die Voraussetzung als Beschränkung der Vertragswirksamkeit ausdrücklich anerkannt ist, — ein Anspruch auf Rückgabe einer Vertragsleistung in den Fällen stattfinde, in denen ein bindender Vertrag an sich geschlossen ist und nur die Voraussetzung ein Grund sein könnte, den Vertrag für nicht bindend zu erachten. Dieser Gesichtspunkt ist auch in den Motiven (II, 843) angedeutet. Man wird also anzunehmen haben, daß mit dem gewählten Ausdruck „Voraussetzung“ das Klagrecht der bisherigen condictio ob causam datorum durch die §§ 742—744 eine wesentliche Aenderung nicht erleiden soll.

Die Streitfrage, wie die Beweislast bei dem in Rede stehenden Klagrechte sich gestaltet, ob nämlich der Kläger den Nichteintritt der causa zu beweisen hat, oder ob der Eintritt derselben zur Beweislast des Beklagten gehört, wird vom Entwurfe nicht entschieden. Die Motive bemerken (II, 843), daß die Entscheidung der Wissenschaft überlassen werden müsse. Es darf angenommen werden, daß die Verfasser des Entwurfs die Frage, obwohl sie in der Wissenschaft vielfach erörtert worden und auch zur Entscheidung des Reichsgerichts (Entscheidungen XIV, 223 ff.) gekommen ist, noch nicht für spruchreif angesehen haben. Daß eine Erledigung der Streitfrage durch die Gesetzgebung wünschenswerth ist, wird sich nicht bezweifeln lassen. Daß die Frage mindestens ebenso spruchreif ist, wie die vom Entwurf entschiedene Frage nach der Beweislast bei der Bedingung (zu vergl. oben § 9), scheint mir ebenfalls angenommen werden zu müssen.

Wenig glücklich erscheint mir der schon durch seine Schwerfälligkeit auffallende Satz des § 744. Er soll für die in Frage stehenden Fälle der condictio ob causam dem oben besprochenen und als bedenklich hingestellten Grundsatze in der Art Ausdruck geben, daß gegen den Empfänger, welchem nach dem Empfange bekannt wird, daß die Voraussetzung nicht in Erfüllung gehen kann und daß der Geber hiervon nicht unterrichtet war, mit dem Zeitpunkte der Erlangung dieser Kenntniß die Wirkungen der Rechtshängigkeit eintreten. Nach den Schlußworten des § 744 sollen diese Wirkungen sogar schon in dem Zeitpunkte Platz finden, in welchem der Empfänger erfährt, daß die Voraussetzung sich nicht erfüllt hat.

Unter besonderer Nummer wird die condictio ob causam finitam behandelt (§§ 745, 746). Auch hier wird von dem oben erwähnten Grundsatze über Anwendung der Rechtsnormen, welche die Wirkungen der Rechtshängigkeit betreffen, Gebrauch gemacht. Der Empfänger soll nämlich von dem Zeitpunkte an, in welchem er erfährt, daß der Rechtsgrund der Leistung weggefallen ist, nach Maßgabe jener Rechtsnormen haften, und zwar ebenso wie in den oben besprochenen Fällen ohne Rücksicht darauf, ob ihm bekannt ist, daß der Leistende den Willen hat, den Rückforderungsanspruch geltend zu machen. Wie bedenklich diese, nach dem bisherigen Stande der Wissenschaft und der Rechtsprechung nicht gerechtfertigte Anwendung der Grundsätze von den Wirkungen der Rechtshängigkeit im Uebrigen auch sein mag, in den Fällen der §§ 746, 747 des Entwurfs erscheint sie gerechtfertigt. Die hier getroffenen Bestimmungen lassen für den Rückforderungsanspruch schon mit dem Zeitpunkte der Leistung die Wirkungen der Rechtshängigkeit eintreten, wenn die Leistung auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren und demnächst aufgehobenen Urtheils oder

eines im Urkunden- oder Wechselprozesse unter Vorbehalt der Rechte oder eines in der Berufungsinstanz unter Vorbehalt der Geltendmachung von Vertheidigungsmitteln oder nach Trennung der Verhandlung über die Klage und eine zur Aufrechnung gebrachte Gegenforderung unter Vorbehalt der Entscheidung über die letztere ergangenen und auf Grund des Vorbehaltes aufgehobenen Urtheils erfolgt ist. In diesen Fällen ist die Annahme der Rechtshängigkeit durch das Vorhandensein des noch nicht zum endgültigen Austrage gebrachten Rechtsstreites begründet.

Der Entwurf gibt eine Rückforderungsklage, wenn die Annahme der Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts gegen die guten Sitten oder die rechtliche Ordnung verstößt (§ 747). Die Klage fällt in ihren Voraussetzungen mit der condictio ob turpem causam nur zum Theile zusammen. Die letztere ist auf die Fälle berechnet, in denen die Erwartung einer künftigen Leistung oder Unterlassung der Grund der den Gegenstand der Rückforderung bildenden Leistung ist. Der Entwurf will die Klage ohne Einschränkung auf die Fälle geben, in welchen die Leistung zum Zwecke der Erlangung eines künftigen Erfolges gemacht ist. Ein Bedürfniß für diese Erweiterung des Klagebereichs ist schwer anzuerkennen. Bezieht sich die Leistung, deren Rückforderung in Frage steht, auf einen der Vergangenheit angehörigen Vorgang, liegt also auf dem Leistenden nicht der Druck der Erwartung einer künftigen Handlung oder Unterlassung, die er abwenden will, so ist ein innerer Grund für die Gestattung der Rückforderung der von freien Stücken durch ihn bewirkten Leistung nicht wohl zu erkennen. Wer ohne jenen Druck freiwillig leistet, wovon er weiß, daß er es zu leisten nicht verpflichtet ist, und daß der Empfang auf der anderen Seite gegen die guten Sitten oder gegen die öffentliche Ordnung verstößt, sollte keinen Anspruch darauf haben, der Rückforderung gegenüber besser gestellt zu werden, als derjenige, der durch die Leistung selbst gegen die guten Sitten oder gegen die öffentliche Ordnung verstößt.

Den Umfang des Rückforderungsanspruchs bestimmt der Entwurf beim verwerflichen Empfange dahin, daß der Empfänger von der Zeit des Empfanges an zur Herausgabe des Geleisteten nach Maßgabe der Vorschriften verpflichtet ist, welche gegen den Empfänger einer Nichtschuld gelten, wenn dieser nach der Leistung erfahren hat, daß die Verbindlichkeit, zu deren Erfüllung geleistet worden, nicht bestanden hat (§ 747 Abs. 2). Dieser Satz des Entwurfs ist nicht ganz verständlich. Der nachmals erlangten Kenntniß des Empfängers einer Nichtschuld davon, daß die Schuld nicht bestanden hat, legt der Entwurf (§ 741 Abs. 2) Wirkungen betreffs der Erweiterung der Haf-

tung des Empfängers überhaupt nicht bei, wenn nicht der Empfänger auch davon Kenntniß erlangt, daß der Leistende von dem Nichtvorhandensein der Verpflichtung unterrichtet war. Es wird also wohl die Absicht sein, beim verwerflichen Empfange den Empfänger ebenso haften zu lassen, wie wenn schon beim Empfange der Rückforderungsanspruch rechtshängig geworden wäre (§§ 741 Abs. 2, 739).

In den bisher besprochenen Fällen der Bereicherungsklage wird die Klage bei einer mit dem Willen des Benachtheiligten eingetretenen Vermögensverringerung des Letzteren gegeben. Der letzte Paragraph des Titels bezieht sich auf eine ohne den Willen des Benachtheiligten oder doch ohne einen vom Recht anerkannten Willen desselben eingetretene Vermögensverringerung auf der einen und Vermögensvermehrung auf der anderen Seite. Auch in diesen Fällen läßt der Entwurf den Bereicherten, der nach der Bereicherung von seiner Verpflichtung zur Herausgabe des Gegenstandes der Bereicherung Kenntniß erhält, nach Maßgabe der Vorschriften über die Rechtshängigkeit haften.

VIII. Besitz und Inhabung.

§ 22. Schutz der Inhabung.

Der Entwurf hat diejenige Beziehung der Person zur Sache, die wir Besitz nennen, in ihrer Stellung im Rechtssystem und damit in ihrer rechtlichen Bedeutung und Verwendung wesentlich anders bestimmt, als das geltende Recht. Das alte Räthsel des römischen Besitzes, das in der Aufgabe besteht, den Besitzschutz auf ein einheitliche Rechtsidee zurückzuführen und mittelst derselben zu erklären, aus welchem Grunde die Römer das Machtverhältniß des Eigenthümers zur Sache, das Machtverhältniß dessen, der sich für den Eigenthümer hält, ohne es zu sein, das des Prekaristen, das des Diebes, ferner das des Emphyteuten, des Superfiziars und des Sequesters, nicht aber das des Pächters und Miethers, das des Leihers, Verwalters und Verwahrers mit dem Schutze der Interdikte versehen haben, darf noch immer als ungelöst angesehen werden. Daß jenes Räthsel von einem neuen Gesetzgebungswerke nicht übernommen werden darf, versteht sich von selbst. Für eine anderweite Behandlung des Besitzes sind der Wege viele möglich. Als einer dieser Wege, der auch von anderen Gesetzgebungen, wie von der französischen und der sächsischen, eingeschlagen worden ist, erscheint der, welcher durch Abschneidung der die Abrundung des Besitzbegriffes hemmenden Erscheinungen des Besitzes sich beschreiten läßt, so daß allein das mit dem Willen, die Sache wie ein Eigenthümer zu haben, verbundene

Herrschaftsverhältniß der Person zur Sache als Besitz aufrecht erhalten bleibt und mit dem Besitzschutze versehen wird. Ein anderer Weg läßt sich durch Erweiterung des römischen Besitzbegriffs und durch eine solchergestalt erzielte Abrundung desselben in der Art gewinnen, daß auch jene abnormen Erscheinungen des Besitzes innerhalb der Rechtskonsequenz untergebracht werden können. Es ist dies der vom preußischen Landrechte eingeschlagene Weg. Einen noch anderen Weg wählt der Entwurf. Er trennt, was wir bisher Besitzschutz genannt haben, von dem, was wir Besitz zu nennen gewöhnt sind, und löst durch Trennung dieser alten Verbindung den bisher als unlösbar befundenen Knoten dogmatischer Bestimmung derjenigen mit dem Besitzschutze versehenen Gestaltungen des Verhältnisses der Person zur Sache, die wir nach römischem Rechte als Besitz zu bezeichnen haben, indem er nicht mehr den Besitz, sondern die Inhabung, d. h. die thatsächliche Gewalt einer Person über eine Sache, als Voraussetzung der bisherigen Mittel des Besitzschutzes — oder dessen, was er an deren Stelle setzen will, — hinstellt (§§ 797, 815, 819 ff.).

Der gesetzgeberische Grund der neuen, mit der Inhabung verbundenen Klage ist die Verhütung verbotener Eigenmacht. Niemand soll, soweit nicht das Gesetz für besondere Fälle ein Anderes bestimmt, ohne den Willen des Inhabers einer Sache demselben die Inhabung entziehen oder ihn darin stören (§ 814). Es soll also künftig neben dem Eigenthümer, dem, der sich für den Eigenthümer hält, ohne es zu sein, dem Diebe, dem Pfandgläubiger, dem Prekaristen, dem Sequester, auch dem Nießbraucher, dem Erbbauberechtigten, dem Pächter, Miether, Leiher, dem Verwalter und Verwahrer, selbst dem Boten eine Klage auf Wiederherstellung der ihnen wider ihren Willen entzogenen Inhabung und auf Schutz ihrer Inhabung gegen Störung gegeben werden. Das Verhältniß dieser Personen zur Sache wird damit auch in den Fällen, in welchen der Inhaber oder der bisherige Inhaber für sich von der Sache nichts will, sondern nur den Willen eines Anderen auszuführen beabsichtigt, in der Art auf sich selbst gestellt, daß für den Inhaber in dessen eigenem Machtverhältnisse zur Sache und dem vom Entwurfe angenommenen Bedürfnisse eines Schutzes dieses Machtverhältnisses gegen Eigenmacht der Grund der Klage zu finden ist.

Ein ähnliches Rechtsmittel hat in der älteren deutschen Rechtsprechung bereits bestanden. Nettelbladt und Leyser haben es gepflegt. Das preußische Landrecht hat es gesetzlich normirt. Auf gemeinrechtlichem Boden ist es wieder zurückgetreten. Besprochen wird es noch mit dem Anspruche auf Geltung in der im Jahre 1841 erschienenen Schrift Höpfner's: „Die Besitzrechtsmittel und Besitz-

prozesse des heutigen gemeinen und des königlich sächsischen Rechtes." Aus späterer Zeit läßt die in einigen Urtheilen höchster Gerichte noch vorkommende Ausdehnung der Spolienklage auf den Pächter eine Anlehnung an jene Auffassung erkennen.

Der dem bloßen Inhaber gewährte Rechtsmittelschutz hat aber vermöge des sowohl im gemeinen Rechte, als auch im preußischen Rechte geltenden Rechtssatzes, daß der Besitzer gegen den bloßen Inhaber, der in seinem Namen die Sache hat, regelmäßig zur Selbsthilfe berechtigt ist, eine gewisse Begrenzung, vermöge deren dem bloßen Inhaber eine Klage auf Wiedereinräumung der Inhabung gegen den, in dessen Namen er die Sache hatte, versagt werden muß. Der Entwurf steht auf einem anderen Standpunkte. Nach ihm ist der Besitzer dem Inhaber gegenüber, der ihm die Herausgabe der Sache verweigert, zur Selbsthilfe nicht berechtigt. Der Entwurf sieht vielmehr ein Verhalten des Besitzers gegen den Inhaber, durch welches der Erstere dem Letzteren wider dessen Willen die Inhabung der Sache entzieht, als verbotene Eigenmacht an (§ 814). Er gibt dem Inhaber auch gegen den, der ihm die Sache zur Inhabung anvertraut hat, die Befugniß, mit Gewalt der Entziehung der Sache sich zu erwehren und die Sache, wenn sie eine bewegliche ist, dem auf der That betroffenen oder bei sofortiger Nacheile erreichten Thäter mit Gewalt wieder abzunehmen, wenn sie aber eine unbewegliche ist, sofort nach erlangter Kenntniß von der Entziehung sich die Inhabung, unter gewissen Voraussetzungen auch mit Gewalt gegen die Person wieder zu verschaffen (§ 815). Der Entwurf gibt ferner dem Inhaber eine Klage auf Wiederherstellung der ihm wider seinen Willen entzogenen Inhabung und auf Schutz der Inhabung gegen jeden, der ihm die Inhabung wider seinen Willen entzogen oder ihn in derselben gestört hat, auch gegen den, der ihm die Sache zur Inhabung anvertraut hat (§ 821). Dieser Klage gegenüber kann der Beklagte das Recht auf die Inhabung oder das Recht zur Vornahme der als Störung gerügten Handlung nur in sofern geltend machen, als solches erforderlich ist, um klar zu legen, daß verbotene Eigenmacht nicht verübt worden sei (§ 822). Der Beklagte, der die Sache dem Kläger zur Inhabung anvertraut hat, wird also, wenn er dem Kläger wider dessen Willen die Sache entzogen oder ihn in der Inhabung gestört hat, mit dem Rechtsbehelfe nicht gehört, daß der Kläger nach dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse verpflichtet sei, ihm — dem Beklagten — die Sache herauszugeben. Auch wird dem Besitzer eine Klage aus dem Besitze gegen den Inhaber, dem er die Sache anvertraut hat und der ihn als Herrn der Sache nicht mehr anerkennen will, auf Schutz im Besitze oder auf Wiederherstellung des

Besitzes versagt. Es bleibt ihm gegen den ungetreuen Inhaber nur die Klage aus dem bestehenden Rechtsverhältnisse auf Räumung der Inhabung (§ 822). Dagegen wird dem Besitzer, der die Sache zur Inhabung einem Anderen anvertraut hat, neben dem Inhaber ein Klagrecht gegen Dritte, welche den Inhaber in der Inhabung gestört oder ihm dieselbe entzogen haben, auf Untersagung der Störung oder auf Wiederherstellung der Inhabung und, wenn im Falle der Entziehung der Inhabung der frühere Inhaber dieselbe nicht wieder übernehmen will, auf Räumung der Inhabung für den Besitzer selbst gegeben (§ 821).

Die vorstehend bezeichneten Rechtssätze sollen die alten, auf dem Gebiete des Besitzschutzes bestehenden Streitfragen damit wegräumen, daß sie im Wesentlichen neues Recht an die Stelle des bisherigen Rechtes mit jenen Streitfragen setzen. Von diesem neuen Rechte wird zwar anzuerkennen sein, daß mit seinen Sätzen ein folgerichtiger Aufbau auf der neu angenommenen Grundlage aufgeführt ist. Aber gerade die Wahl dieser neuen Grundlage, als welche sich ein bis zur Absolutheit der Rechtsverfolgung gesteigerter Schutz der Inhabung gegen jeden, der die Inhabung stört oder sie dem Inhaber wider dessen Willen entzieht, darstellt, scheint mir als eine wenig glückliche bezeichnet werden zu müssen. Zu Gunsten derselben kann geltend gemacht werden, daß sich die neuen Rechtssätze an die auf deutschem Boden entstandene Rechtsauffassung Nettelbladt's und Leyser's und die sich derselben anschließenden Sätze des preußischen Landrechts anlehnen, auf den Grundgedanken jener Rechtsauffassung sich zurückführen lassen und als eine neue und besonders scharfe Ausprägung dieses Grundgedankens angesprochen werden mögen. Allein damit läßt sich die Einführung der Sätze in das Gesetzbuch nicht rechtfertigen. Ein praktisches Bedürfniß kann für sie in der Gestalt, die ihnen der Entwurf gegeben hat, mit Erfolg nicht angerufen werden. Für einen selbständigen Rechtsschutz der Inhabung Dritten gegenüber lassen sich Zweckmäßigkeitsgründe, über deren Gewicht gestritten werden kann, geltend machen. Zu Gunsten eines solchen Schutzmittels ist die Erwägung verwerthbar, daß unter gewissen Umständen der Besitzer, in dessen Abwesenheit der Inhaber gestört oder der Inhabung entsetzt wird, mit den ihm zur Seite stehenden Schutzmitteln zu spät kommen kann, um mittelst derselben seine Rechte und Interessen ausreichend zu wahren. Anders liegt die Zweckmäßigkeitsfrage, wenn es sich um die Klage des Inhabers gegen den, in dessen Namen Jener die Sache inne hat oder inne gehabt hat, auf Schutz oder Wiederherstellung der Inhabung handelt. Hier scheinen die Klagen aus dem Rechtsverhältnisse und das Mittel der einstweiligen Verfügung zum Schutze der

Rechte und der berechtigten Interessen auszureichen. Man kann indeß zugeben, daß die Zweckmäßigkeitsfrage für die Fälle, in denen der Inhaber die Sache zum Zwecke der Benutzung oder der Sicherung inne hat oder in denen ein sonstiges bestimmtes rechtliches Interesse des Inhabers an der Inhabung abgesehen von der Thatsache des bloßen Habens besteht, auch zu Gunsten der Einführung einer Klage auf Schutz oder Wiederherstellung der Inhabung gegen den, in dessen Namen der Inhaber die Sache hat oder gehabt hat, sich beantworten läßt. Jenseits der solchergestalt gezogenen Grenzen sollte aber für einen Schutz der Inhabung als solcher kein Raum gegeben sein. Der Entwurf überschreitet diese Grenzen. Er gibt die Klage auf Wiederherstellung der Inhabung dem früheren Inhaber gegen den Herrn der Sache, von dem er die Sache zur Inhabung erhalten hatte, ohne Rücksicht auf das Vorhandensein eines rechtlichen Interesses, lediglich auf Grund der Thatsache, daß der Herr der Sache dem Inhaber die Inhabung wider dessen Willen entzogen hat, gleichviel, ob die Inhabung eine berechtigte gewesen ist und ob der Beweggrund, aus welchem der Inhaber sie freiwillig zu räumen sich geweigert hat, auf Billigung Anspruch hat oder nicht. Eine solche Klage befindet sich außerhalb der Möglichkeit, daß die Bedürfnißfrage oder auch nur die Zweckmäßigkeitsfrage zu ihren Gunsten aufgeworfen wird. Vielleicht ist die Rechtsauffassung in der Zeit, in welcher man mit dem canon Redintegranda eine nach heutiger Rechtsanschauung unverständliche Ausdehnung der Spolienklage zu rechtfertigen suchte, eine andere gewesen. Heutigen Tages ist jenes Klagrecht unmöglich. Ich will das Klagrecht und seine Konsequenzen an einem Beispiele beleuchten: A gibt seinem Diener B den Auftrag, eine Sendung nach der Post zu bringen, ändert aber bald nach dem Weggange des Dieners seinen Willen und ruft den Diener zurück. Dieser sagt den Gehorsam auf und weigert sich die Sendung zurückzugeben. Soll A gehindert sein, dem B die Sendung mit Gewalt abzunehmen? Der Entwurf findet in der Anwendung von Gewalt seitens des A verbotene Eigenmacht und gibt dem B das Recht, sich mit Gewalt als Inhaber der Sache zu behaupten. — Es gelingt indeß dem A vielleicht mit Hilfe eines Schutzmannes, sich der Sache zu bemächtigen. B erhebt gegen A Klage auf Wiedereinräumung der Inhabung. Dieser Klage gegenüber wird A nach dem Entwurf mit dem Rechtsbehelf, daß B als Bote des A die Sache erhalten habe und dem Geheiß, sie zurückzugeben, nicht nachgekommen sei, nicht gehört. Er muß verurtheilt werden, die Sache dem B herauszugeben. Seinerseits ist er zur Geltendmachung seines Rechtes auf die Klage aus dem Rechtsverhältnisse selbst angewiesen. Und er kann seine Verurtheilung nur abwenden, wenn es ihm gelingt,

auf die von ihm angestellte Klage ein obsiegliches Urtheil zu erstreiten, bevor der von dem B gegen ihn erhobene Rechtsstreit spruchreif wird.

Während der Entwurf dem hergebrachten Besitzschutze schrankenlose Ausdehnung auf jede Inhabung gibt, beseitigt er die bisherige Ausdehnung desselben auf Rechte fast vollständig. Die einzige Erinnerung an den Schutz des Rechtsbesitzes findet sich im § 979, nach welcher Vorschrift zu Gunsten des Inhabers eines Grundstücks, der an der Ausübung einer für den Eigenthümer desselben in das Grundbuch eingetragenen Grunddienstbarkeit verhindert oder in deren Ausübung gestört worden ist, die auf den Schutz der Inhabung einer Sache bezüglichen Vorschriften der §§ 814, 815, 818 bis 824 zur Anwendung kommen sollen, wenn und soweit die Grunddienstbarkeit innerhalb eines Jahres vor der Hinderung oder Störung, sei es auch nur einmal, ausgeübt worden ist. Der Inhaber des Grundstückes darf also, wenn die angegebenen Voraussetzungen vorliegen, die Störung mit Gewalt zurückweisen, der Verhinderung Gewalt entgegensetzen (§ 815 Abs. 1). Er muß sogar eine versuchte Verhinderung mit Erfolg zurückweisen, wenn er sich die Befugniß wahren will, bei künftigen Ausübungshandlungen einer Störung Gewalt entgegenzusetzen (§ 815 Abs. 3). Der Störung oder Verhinderung der Ausübung gegenüber hat er eine Klage auf Schutz seiner Ausübung des Rechtsinhaltes der eingetragenen Grunddienstbarkeit, ohne daß der Beklagte aus dem mangelnden Rechte des Klägers zur Inhabung des Grundstücks einen Rechtsbehelf gegen die Klage herleiten kann (§§ 819, 822). Daß die Eintragung der Grunddienstbarkeit als Erforderniß des Besitzschutzes hingestellt wird, folgt daraus, daß nach dem Entwurfe eine Grunddienstbarkeit ohne Eintragung überall nicht stattfinden kann (§ 828). Vermöchte dieser letztere Satz den dagegen von mehreren Seiten gerichteten Angriffen nicht stand zu halten, so würde der § 979 entweder gestrichen oder, wenn die Frage nach dem Bedürfnisse eines possessorischen Schutzes für Grunddienstbarkeiten nicht überhaupt verneint werden könnte, durch eine andere Rechtsnorm ersetzt werden müssen.

Mit der Beschränkung, welche sich der Entwurf dem Schutze des Rechtsbesitzes gegenüber aufgelegt hat, werden alle bisherigen, auf diesen Schutz bezüglichen Streitfragen beseitigt. Und damit, daß der Rechtsbesitz auch für die Ersitzung seine Bedeutung verloren hat, weil nach dem Entwurfe nur Sachen, keine Rechte ersessen werden können, erledigen sich ferner die Streitfragen, die sich auf die Fähigkeit der verschiedenen Rechte, besessen und ersessen zu werden, beziehen. Diesem Reinhalten des Entwurfes von den Überresten eines allmählich überwundenen Rechtszustandes steht die bereits besprochene anachronistische

Behandlung, welche der Schutz der Inhabung im Entwurfe erhalten hat, in nicht ganz stilgerechter Weise gegenüber.

§ 23. Der Besitz als Eigenthumsposition.

Mit der Loslösung des Besitzes von den Rechtsmitteln des Besitzschutzes war die Möglichkeit gegeben, die den Begriff des Besitzes, die Voraussetzungen seines Bestehens, seinen Erwerb und seinen Verlust betreffenden Rechtsnormen dergestalt in Beziehung zum Eigenthume zu bringen, daß ihre Bedeutung im System sich im Wesentlichen darauf beschränkt, Voraussetzungen für den Eigenthumserwerb zu enthalten.

Für bewegliche Sachen ist der Besitzerwerb durch Uebergabe Voraussetzung des Eigenthumserwerbes mittelst rechtsgeschäftlicher Uebertragung des Eigenthums (§ 874). Ist die Eigenthumsübertragungserklärung des bisherigen Eigenthümers durch ein Urtheil ersetzt, so gilt die Uebergabe der Sache in dem Zeitpunkte als vollzogen, in welchem der Gerichtsvollzieher die Sache behufs der Ablieferung an den Erwerber weggenommen hat (§ 875). Der Gerichtsvollzieher ist also solchenfalls der Besitzvertreter des Erwerbers der Sache. Der Besitzerwerb ist ferner für bewegliche herrenlose Sachen Voraussetzung des Eigenthumserwerbes durch Zueignung (§ 903).

An unbeweglichen Sachen wird Eigenthum weder im Falle rechtsgeschäftlicher Uebertragung, noch im Falle der Aneignung bei Herrenlosigkeit der Sache durch Besitzergreifung, sondern in beiden Fällen ohne Rücksicht auf Besitz mit der Eintragung in das Grundbuch erworben (§§ 828. 872).

Für bewegliche Sachen ist ferner der Besitzerwerb und das Fortbestehen des Besitzes bis zum Ende der Ersitzungszeit Voraussetzung des Eigenthumserwerbes durch Ersitzung (§ 881). An unbeweglichen Sachen findet ein Eigenthumserwerb durch Ersitzung nicht statt. Der Besitzerwerb und die Fortdauer des Besitzes haben aber hier die Bedeutung, daß derjenige, der ein Grundstück seit dreißig Jahren nach dem Tode des letzten eingetragenen Eigenthümers in Besitz gehabt hat, zu dem Antrage auf Erlaß des Aufgebotsverfahrens behufs Ausschließung des bisherigen Eigenthümers zugelassen wird und nach Erlassung des Ausschlußurtheils das Eigenthum durch die Eintragung als Eigenthümer in das Grundbuch erlangt (§ 873).

Für die Eigenthumsverfolgung kommt der Besitz insofern in Betracht, als der Eigenthumsanspruch auf Herausgabe der Sache gegen den Besitzer stattfindet. Außer dem Besitzer ist aber auch der Inhaber der richtige Beklagte (§ 929).

§ 24. Erwerb und Verlust des Besitzes.

Zum Besitzerwerbe gehört, daß der Besitzergreifende den Willen habe, die Sache als die seinige zu haben (§ 797). Der Prekarist, der Pfandgläubiger, der Sequester werden also, dem Verwendungszwecke des Besitzbegriffs entsprechend, aus dem letzteren ausgeschieden.

Wie subjektiv der Wille, die Sache als die eigene zu haben, zum Besitzerwerbe gehört, so ist auch objektiv Besitz nur insoweit möglich, als Eigenthum an der Sache möglich ist (§ 798 Abs. 1). Der Satz hat Geltung für die durch positivrechtliche Bestimmung dem Rechtsverkehre und damit dem Privateigenthume entzogenen Sachen. Im Entwurfe findet sich keine Bestimmung, durch welche eine Sache aus irgend einem Grunde des Privateigenthums für unfähig erklärt wird. Der Satz kann also nur landesrechtliche Normen im Auge haben (Motive III, 84).

Der Entwurf enthält sodann den Satz: „An wesentlichen Bestandtheilen einer Sache findet von dem Besitze der letzteren abgesonderter Besitz nicht statt“ (§ 798 Abs. 2). Dazu bemerken die Motive: „Seine praktische Hauptanwendung erleidet das Prinzip, daß Besitzmöglichkeit und Eigenthumsmöglichkeit sich decken, in dem im zweiten Abschnitte des § 798 besonders hervorgehobenen Falle, daß zwar Eigenthum an der Sache möglich ist, aber nicht verschiedenes Eigenthum an den wesentlichen Bestandtheilen einer Sache“ (Motive III, 84).

Näheren Aufschluß über die Tragweite des Satzes geben die in den §§ 890, 891 des Entwurfes enthaltenen Rechtsnormen. Die erstere besagt, daß eine bewegliche Sache, die durch Verbindung mit einem Grundstücke ein wesentlicher Bestandtheil desselben wird, in das Eigenthum desjenigen übergeht, welcher Eigenthümer des Grundstücks ist. Die andere bestimmt, daß, wenn bewegliche Sachen dergestalt mit einander verbunden werden, daß sie wesentliche Bestandtheile der durch die Verbindung entstandenen Sache bilden, die bisherigen Eigenthümer der einzelnen Sachen Miteigenthümer der durch die Verbindung entstandenen Sache nach Verhältniß des Werthes werden, welchen die einzelnen Sachen zur Zeit ihrer Verbindung hatten, — daß jedoch, wenn eine der verbundenen Sachen im Verhältnisse zu der anderen als die Hauptsache anzusehen ist, der Eigenthümer der Hauptsache das Alleineigenthum der durch die Verbindung entstandenen Sache erwirbt.

Die Rechtsnorm des § 890, welche in ihrer Anwendung auf verbaute Baumaterialien ihre wesentliche Bedeutung hat, beseitigt die gemeinrechtlichen Bestimmungen betreffs des tignum iunctum, an welchem das Eigenthum durch die Einfügung in das Gebäude nicht

verloren wird, sondern während der Dauer der Verbindung nur nicht geltend gemacht werden kann. Die Norm des § 891 enthält neues Recht. Nach geltendem Rechte kommt es bei der Frage der Fortdauer des Eigenthums an den verbundenen beweglichen Sachen darauf an, ob die Sachen durch die Verbindung ihr früheres Dasein dergestalt verloren haben, daß der frühere Zustand nicht mehr wiederhergestellt werden kann, während die Frage der Besitzfortdauer mit der Frage der Eigenthumsfortdauer überhaupt nicht zusammenfällt, sondern unter anderen Normen steht. Ein Bedürfniß der Abänderung des geltenden Rechtes in der Art, daß die Fortdauer des besonderen Eigenthums an den verbundenen Sachen nicht mehr von der Möglichkeit der Wiederherstellung des früheren Zustandes abhängt, sondern davon, ob die verbundenen Sachen wesentliche Bestandtheile der durch die Verbindung entstandenen Sache bilden, ist in den Motiven nicht angegeben. Auch ist anderweit nicht bekannt, daß sich ein Bedürfniß der Abänderung herausgestellt habe. Daß aber eine Abänderung beabsichtigt worden sei, läßt sich nach dem Wortlaute des § 891 kaum bezweifeln.

Mit der Bestimmung, daß an wesentlichen Bestandtheilen einer Sache ein von dem Besitze der letzteren abgesonderter Besitz nicht stattfinde, und den Rechtsnormen der §§ 890 und 891 würden sich die großen und kleinen Streitfragen erledigen, zu denen im gemeinen Rechte die l. 23 pr. § 2 l. 30 § 1 D. de usurp. (41,3), l. 7 § 1 D. ad exhib. (10,4) Veranlassung gegeben haben. Es sind dies folgende: Sind die zum Baue eines Hauses verwendeten Baumaterialien für den Besitzer des Hauses ebenfalls Gegenstand des Besitzes und können sie daher von ihm ersessen werden? Setzt derjenige, der fremde, in seinem Besitze befindliche Baumaterialien zum Baue eines Hauses verwendet, den Besitz an denselben in und mit dem Hause fort, so daß auch die Ersitzung nach der Verwendung Fortgang behält? Wie ist die Frage der Fortsetzung des Besitzes und der Ersitzung zu beantworten, wenn Jemand einen Siegelring besitzt, in welchen ein fremder Stein gefaßt ist? Wie ist sie zu beantworten, wenn Jemand einen Wagen in Besitz hat, an welchem sich ein fremdes Rad befindet?

Der Lösung, welche die auf die Verwendung von Baumaterialien zum Hausbau bezüglichen Fragen im Entwurfe gefunden haben, werden sich erhebliche Zweifelsgründe nicht entgegenstellen lassen. Der Satz von dem fortbestehenden, aber bis auf Weiteres nicht verfolgbaren Eigenthume am tignum iunctum wird ohne Bedenken zu Grabe getragen werden können. Anders aber verhält es sich mit der Lösung, welche die anderen beiden, auf die als Beispiele zusammengesetzter Sachen typisch gewordenen Verbindungen von Ring und Gemme, von Rad und Wagen bezüglichen Fragen im Entwurf gefunden haben.

Der römische Jurist entscheidet, daß Gemme und Gold, da sie ohne Schwierigkeit von einander getrennt werden können, trotz der Verbindung zum Siegelringe in ihren alten Besitzverhältnissen verbleiben. Ein innerer Grund, weshalb dies anders gehalten werden soll, ist auch nicht aufzufinden. Warum soll derjenige, der eine Gemme in fremdem Namen inne hat, gehindert sein, diese Inhabung fortzusetzen, wenn er die Gemme in einen eigenen Ring hat fassen lassen? Damit ist auch die Frage bejahend entschieden, ob der Besitzer der Gemme nach ihrer Verbindung mit dem Ringe Besitz und Ersitzung der Gemme fortsetzen kann. Der Entwurf beantwortet die Fragen anders. Ring und Gemme bilden in ihrer Verbindung den Siegelring und werden ohne Zweifel als wesentliche Bestandtheile desselben, als einer durch ihre Verbindung entstandenen Sache, angesehen werden müssen. Haben sie verschiedene Eigenthümer, so hört mit ihrer Vereinigung das Sondereigenthum jedes Einzelnen auf. Und ein Sonderbesitz ist ebenfalls nicht mehr möglich.

Nicht ganz gleich liegt nach römischem Rechte die Verbindung des Rades mit dem Wagen. Die römischen Rechtsbücher enthalten keine unzweideutige Entscheidung der Frage. Der Streit unter den neueren Juristen über die Frage ist nicht zum Austrage gelangt. Die Unmöglichkeit eines Sonderbesitzes am Rade ist insbesondere von Kierulff mit besonderer Schärfe behauptet, von Anderen mit guten Gründen bekämpft worden. Der Natur der Sache scheint die Möglichkeit eines gesonderten Besitzes am Rade so wenig zu widersprechen, als die Möglichkeit nicht wird bestritten werden können, daß der Besitzer eines Wagens das eine Rad desselben als Besitzvertreter eines Anderen, also etwa als Entleiher bis zur Vollendung einer durch einen Radbruch unterbrochenen Fahrt, haben will, während er den übrigen Wagen mit dem Eigenthumswillen inne hat. Aber mit dem § 798 Abs. 2 wird sich allerdings ein von dem Besitze des Wagens abgesonderter Besitz am Rade schwer vertragen.

Die Fassung der §§ 798 Abs. 2, 891 erinnert an eine Stelle in Windscheid's Pandekten (I S. 495), wo der Besitz an Sachen, welche Bestandtheile einer anderen Sache sind, für nicht möglich erklärt wird. Und man könnte bei dem Suchen nach dem Ursprunge der in den §§ 798 Abs. 2, 891 formulirten Sätze auf den Gedanken kommen, daß der Entwurf im § 798 Abs. 2 jenen auf die Möglichkeit der Besitzfortdauer bezüglichen Ausspruch Windscheid's sich hat aneignen und im § 891 denselben Satz für die Beantwortung der Frage der Eigenthumsfortdauer nach der Verbindung beweglicher Sachen mit einander hat nutzbar machen wollen. Der Satz Windscheid's ist aber nach der ausführlichen Erörterung desselben Gelehrten in

Sell's Jahrbüchern Bd. 1 XII dahin zu verstehen, daß die Möglichkeit, die mit einander verbundenen Sachen nach der Verbindung als besondere Sachen zu besitzen, mit der Möglichkeit zusammenfällt, sich die verbundenen Sachen trotz der Verbindung als die, welche sie gewesen, vorzustellen, sie sich als einzelne zu denken. Eine Rechtsnorm dieses Inhaltes würde eine befriedigendere Lösung der die Fortdauer des Besitzes betreffenden Streitfrage sein, als der Satz des § 798 Abs. 2. Windscheid nimmt auch von seinem Standpunkte aus die Fortdauer eines gesonderten Besitzes an dem mit dem Ringe verbundenen Steine ebenso an, wie an dem mit dem Wagen verbundenen Rade. Vielleicht ist es die Absicht der Verfasser des Entwurfes gewesen, dem dargelegten Windscheid'schen Gedanken im § 798 Abs. 2 Ausdruck zu geben. Allein während der Gedanke Windscheid's, wie er in den Pandekten ausgedrückt ist, durch die Ausführungen in Sell's Jahrb. dem richtigen Verständniß sich erschließt, können die Sätze in den §§ 798 Abs. 2, 891 des Entwurfes nur so verstanden werden, wie der Wortlaut besagt. Dann aber befriedigt die Lösung der die Fortdauer des Besitzes betreffenden Streitfrage nicht. Und noch bedenklicher ist die völlig abweichend vom geltenden Rechte beliebte Benutzung dieser Lösung für die Frage der Eigenthumsfortdauer.

Der § 801 bestimmt, daß auf den Besitzerwerb durch einen Vertreter die Vorschriften über den Erwerb aus einem von dem Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäfte entsprechende Anwendung finden sollen. Nach diesen Vorschriften (§§ 115 ff.) ist die gemeinrechtliche Streitfrage, ob der procurator omnium bonorum schon durch seine eigene Besitzergreifung den Besitz für den Geschäftsherrn erwerbe oder ob zu dieser Besitzergreifung die Seitens des Herrn erlangte Kenntniß von der Besitzergreifung hinzukommen müsse, dahin entschieden, daß eine jede von dem Vertreter innerhalb der Grenzen seiner Vertretungsmacht vollzogene Besitzergreifung als solche ohne Rücksicht darauf, wie eng oder weit die Grenzen der Vertretungsmacht gezogen sind, unmittelbar für den Geschäftsherrn wirksam wird, sofern die Handlung sich als eine solche darstellt, die der Vertreter im Namen des Vertretenen vornehmen will (§ 116).

Schwierigkeiten hat im gemeinen Rechte die l. 13 D. de donat. (39,5) gemacht, welche die Frage erörtert, wie es gehalten werden soll, wenn A dem Prokurator des B eine Sache für den B schenkungsweise übergibt, der Prokurator aber die Sache in Empfang nimmt, als wenn sie ihm geschenkt würde. Der Jurist entscheidet, die Sache werde nicht dem Prokurator, sondern dem Herrn erworben. Nach dem Entwurfe (§ 116) wird, wenn der zwischen dem Schenker und dem Prokurator erfolgte Rechtsvorgang nicht äußerlich erkennen läßt,

daß der Schenker dem Vertretenen schenken und der Vertreter für den Vertretenen Besitz ergreifen wolle, angenommen werden müssen, daß der Prokurator den Besitz für sich erworben habe.

Nicht zum vollen Verständniß gebracht habe ich mir die Bedeutung des § 126. „Ein einseitiges Rechtsgeschäft," heißt es hier, „kann von einem Anderen ohne Vertretungsmacht nicht wirksam vorgenommen werden." Hierauf folgt eine auf einseitige Rechtsgeschäfte, deren Wirksamkeit davon abhängig ist, daß sie gegenüber einem Betheiligten vorgenommen werden, bezügliche Ausnahmebestimmung, welche den Fall vorsieht, daß der Betheiligte sich mit der Vornahme einverstanden erklärt. Die Motive bemerken dazu (I, 244 f.), das Bedürfniß für die Vornahme rechtsgeschäftlichen Handelns in Vertretung ohne Vertretungsmacht beschränke sich im Wesentlichen auf die Eingehung von Verträgen. Weitere Ausführungen der Motive beziehen sich auf die dem angegebenen Satze des Entwurfs beigefügte Ausnahmebestimmung. Am Schlusse sprechen die Motive aus, daß der Zulassung der Vornahme derjenigen einseitigen Rechtsgeschäfte, zu deren Wirksamkeit nicht gehöre, daß sie gegenüber einer bestimmten Person vorgenommen werden, durch einen nicht ermächtigten Vertreter Bedenken entgegenstehen. — Nun kann zwar diese letztere Bemerkung in Beziehung auf eine Reihe von Rechtsgeschäften, insbesondere diejenigen, durch welche Rechte aufgegeben, Verbindlichkeiten übernommen werden, als richtig gelten. Aber für eine Rechtsnorm, welche einem von einem Anderen ohne Vertretungsmacht vorgenommenen einseitigen Rechtsgeschäfte allgemein — abgesehen von dem im § 126 beigefügten Ausnahmefalle — die rechtliche Wirksamkeit abspricht, vermag ich weder ein Bedürfniß zu erkennen, noch überhaupt eine Erklärung zu finden. Der Entwurf stellt in den §§ 800, 801 den Besitzerwerb unter die von Rechtsgeschäften geltenden Bestimmungen. Die Ergreifung des Besitzes an einer herrenlosen Sache muß also nach dem Entwurfe ebenso als ein einseitiges Rechtsgeschäft angesehen werden, wie sie nach den von den meisten Schriftstellern aufgestellten Begriffsbestimmungen des Rechtsgeschäftes unter diesen letzteren Begriff fält. Wenn ich nun auf dem Jagdgrunde meines Freundes ohne Ermächtigung zur Ausübung der Jagd, aber in der durch persönliche Beziehungen gerechtfertigten Erwartung der Genehmigung meiner Handlungsweise die sich darbietende Gelegenheit, ein jagdbares Thier zu erlegen, benutze und an demselben mit dem Willen Besitz ergreife, durch meine Handlung meinen Freund zum Eigenthümer der Jagdbeute zu machen, so weiß ich nicht, wie eine solche Handlung als rechtlich wirkungslos soll angesehen werden können. Der Eintritt der beabsichtigten Wirkung ist so selbstverständlich, daß es keines Gesetzes zu bedürfen scheint, um den Eintritt zu rechtfertigen. Aber ebenso

wenig wird ein Gesetz der fraglichen Handlung die Wirkung nehmen können. Und doch läßt sich der § 126 nur dahin verstehen, daß damit jene Besitzergreifung für wirkungslos erklärt wird.

Auf die brevi manu traditio, die Uebergabe durch Anweisung und das constitutum possessorium beziehen sich die §§ 803 Abs. 2, 804, 805. Die im § 805 enthaltene Rechtsnorm erfordert zum Besitzübergange durch constitutum das Bestehen eines Rechtsverhältnisses, auf Grund dessen der bisherige Besitzer befugt oder verpflichtet ist, die Sache als Inhaber zu behalten. Damit ist in Uebereinstimmung mit der herrschenden Auffassung die Möglichkeit beseitigt, den Veräußerer der Sache, der die Macht über die Sache behält, lediglich durch den übereinstimmenden Willen des Veräußerers und des Erwerbers, daß der Besitz auf den Erwerber übergehe und der Veräußerer Besitzvertreter des Letzteren werde, zu solchem Besitzvertreter zu machen und dadurch den Uebergang von Besitz und Eigenthum zu bewirken.

Besondere Schwierigkeiten hat im gemeinen Rechte wegen der l. 18 pr. D. de vi et de vi (43,16) und der l. 18 § 1, l. 34 pr. D. de poss. (41,2) die Frage gemacht, ob derjenige, der einem Anderen eine Sache zu übergeben beabsichtigt, mit der von ihm erklärten Aufgebung des Besitzwillens und dem in Uebereinstimmung mit der Traditionsabsicht stehenden körperlichen Verhalten aufhöre, Besitzer zu sein, ob also der Besitzverlust ohne Rücksicht darauf eintrete, daß der Andere den Besitz nicht erwirbt, oder ob der Besitzverlust von dem Erwerbe des Besitzes durch den, welchem der bisherige Besitzer die Sache übergeben will, abhänge. Die Frage hat insbesondere Bedeutung in dem Falle, in welchem der Besitzer zu Gunsten eines Geschäftsunfähigen, den er für geschäftsfähig hält, den Besitz aufgeben will, sowie in dem Falle, in welchem der bisherige Besitzer seinen Besitzwillen in Beziehung auf ein bestimmtes Grundstück zu Gunsten des Anderen aufgibt, Jener aber ein anderes Grundstück übernehmen will. Die möglichen Fälle lassen — trotz der bekannten, in der l. 18 § 1 de poss. enthaltenen celsinischen Abfertigung — eine gleichmäßige Entscheidung der Frage nicht zu. Die Erklärung, den Besitz aufzugeben, steht unter dem Einflusse des mit der Uebergabe sich vollziehenden dinglichen Vertrages. Ihre Wirksamkeit ist an die Voraussetzung geknüpft, daß der Andere den Besitz erwirbt. Soweit also jene Erklärung in Frage steht, kann sie als Aufgeben des Besitzes nicht wirksam werden, wenn der Andere nicht Besitzer wird. Ausgeschlossen ist aber nicht, daß der Besitzer mit einem der Erklärung entsprechenden Handeln die Macht über die Sache und damit den Besitz verliert. — Nach dem Entwurfe wird die Frage in gleichem Sinne entschieden werden müssen.

Nicht verloren wird nach dem Entwurfe (§ 812) in Uebereins-

stimmung mit dem gemeinen Rechte der Besitz an einem Grundstücke dadurch allein, daß ein Anderer die thatsächliche Gewalt über das Grundstück ohne Wissen und Willen des Besitzers ausübt. Der Besitzverlust tritt solchenfalls erst ein, wenn der bisherige Besitzer oder, sofern dieser das Grundstück nicht selbst inne hatte, der bisherige Inhaber nicht sofort nach erlangter Kenntniß von den Besitzhandlungen des Anderen die thatsächliche Gewalt sich wieder verschafft. Hier wird also vom Entwurfe dem Besitzer gegen den Invadenten das alte römische Vertreibungsrecht gegeben, das ihm gegen den untreuen Besitzvertreter versagt wird.

Die durch l. 31 § 3 D. de usurp. (41,3) l. 40 § 1 l. 44 § 2 D. de poss. (41,2) c. 12 C. de poss. (7,32) hervorgerufene Streitfrage des Besitzverlustes in dem Falle, wenn der Besitzvertreter willensunfähig wird oder mit Tode abgeht, entscheidet der Entwurf im § 813 Abs. 1 dahin, daß der Besitz mit dem Tode oder der Geschäftsunfähigkeit des Inhabers nicht aufhört. Die Folge ist, daß der Besitzverlust bei beweglichen Sachen erst eintritt, wenn ein Anderer sich der Sache mit dem Besitzwillen bemächtigt, während der Besitz unbeweglicher Sachen nicht schon mit solcher Bemächtigung, sondern erst dadurch verloren wird, daß der bisherige Besitzer es versäumt, sofort nach erlangter Kenntniß von derselben die thatsächliche Gewalt über die Sache sich wieder zu verschaffen.

§ 25. IX. Ersitzung.

Die Ersitzung hat im Entwurfe außer ihrer Beschränkung auf bewegliche Sachen noch eine weitere Verminderung ihrer Bedeutung dadurch erhalten, daß bestimmte Rechtsvorgänge, mit deren Eintritte nach geltendem Rechte die Ersitzung zu laufen beginnt, nach dem Entwurfe den Eigenthumserwerb herbeiführen sollen. Eigenthum an beweglichen Sachen wird durch einen zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber zu schließenden, die Uebergabe der Sache begleitenden Vertrag erworben, welcher die Willenserklärung der Vertragschließenden enthält, daß das Eigenthum auf den Erwerber übergehe. Diese Eigenthumswirkung des mit der Uebergabe verbundenen Vertrages tritt auch in dem Falle ein, daß der Veräußerer nicht Eigenthümer war, sofern der Erwerber diesen Umstand bei dem sich vollziehenden Erwerbe nicht gekannt, seine Unkenntniß auch nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht hat (§§ 874, 877). Der Vertrag ist als ein dinglicher Vertrag gedacht. Er setzt zu seiner Wirksamkeit regelmäßig Besitz des Veräußerers voraus.

Vorgesehen ist aber auch der Fall, in welchem der Veräußerer zwar Eigenthümer und Inhaber, aber nicht Besitzer ist. Hier soll die

Uebergabe dadurch ersetzt werden, daß der Veräußerer dem Erwerber die Inhabung einräumt und der Erwerber den Besitz ergreift (§ 874 Abs. 2). Raum für Anwendung dieser Bestimmung ist gegeben, wenn ein Entleiher, ein Verwahrer oder ein sonstiger Inhaber der Sache sich davon, daß ihm das Eigenthum an der Sache zustehe, überzeugt und nun den Entschluß faßt, die Sache zu veräußern, ohne sich vorher mit dem, von welchem er die Sache zur Inhabung erhalten hat, auseinanderzusetzen. Der Fall der Bestimmung liegt ferner dann vor, wenn der Inhaber der Sache, nachdem er die Kenntniß von seinem Eigenthume an derselben gewonnen, die Sache an den veräußert, von dem er sie zur Inhabung erhalten hat. Ich bezweifle aber, daß diese Fälle oder andere, für welche die Bestimmung noch passen könnte, die Vorsorge der Gesetzgebung erfordern. Die Rechtsprechung würde das Richtige auch ohne jene Vorschrift wohl zu treffen wissen.

Beim Eigenthumsmangel der Veräußerers tritt die Eigenthumswirkung des im § 874 beschriebenen dinglichen Vertrages nicht ein, wenn die Sache gestohlen oder verloren oder in anderer Weise ohne den Willen des Eigenthümers oder desjenigen, der sie für denselben inne hatte, aus deren Inhabung gekommen ist. Diese Ausnahmebestimmung gilt aber nicht, wenn Geld oder ein Inhaberpapier veräußert oder die Veräußerung in öffentlicher Versteigerung durch eine für dergleichen Akte öffentlich bestellte Person bewirkt ist (§ 879).

Die Eigenthumswirkung des in Rede stehenden Vertrages tritt beim Eigenthumsmangel des Veräußerers ferner nicht ein, wenn die Uebergabe durch constitutum possessorium (§§ 879, 805) oder durch brevi manu traditio unter den Voraussetzungen des § 874 Abs. 3 erfolgt. Die Motive (III, 345) bemerken, daß bei dem gutgläubigen Erwerbe die aus § 874 sich ergebenden Erfordernisse insofern verschärft werden, als stets Uebergabe, und zwar körperliche Uebergabe, erforderlich sei. Die Zweckmäßigkeit der Aufstellung dieses Erfordernisses soll nicht in Zweifel gezogen werden. Aber der Entwurf führt den Gedanken nicht folgerichtig durch. Für das constitutum possessorium ist das Erforderniß in den §§ 879, 805 in der Art unzweideutig ausgesprochen, daß bei einer Uebergabe, welche dadurch geschieht, daß der bisherige Besitzer dem zwischen ihm und dem Anderen bestehenden Rechtsverhältnisse entsprechend fortan als Inhaber im Namen des Anderen die Gewalt über die Sache ausüben zu wollen erklärt, der gute Glaube des Erwerbers beim Eigenthumsmangel des Veräußerers die Eigenthumswirkung nicht hat. Ueber die brevi manu traditio ist im § 874 Abs. 3 bestimmt, daß die Uebergabe der Sache nicht erforderlich sei, wenn der Erwerber sich bei Schließung des Vertrages bereits im Besitze der Sache befinde. Und

für diesen Fall wird im § 879 beim Eigenthumsmangel des Veräußerers dem guten Glauben des Erwerbers die Eigenthumswirkung zu Gunsten des Letzteren abgesprochen. Nun gibt es aber zwei Arten der brevi manu traditio. Man versteht darunter sowohl Uebertragung des Eigenthums durch bloße Willenserklärung, wenn der Erwerber schon Besitzer ist, als auch Uebertragung des Besitzes und des Eigenthums, wenn der Erwerber bis dahin Inhaber der Sache war. Nach dem Wortlaute des § 874 Abs. 3 bezieht sich diese Vorschrift nur auf den ersten, nicht auf den zweiten Fall der brevi manu traditio. Man kommt also, wenn man dem Wortlaute nachgeht, zu dem Ergebnisse, daß im zweiten Falle der gute Glaube des Erwerbers wirksam bleibt. So scheint die Bestimmung im § 874 Abs. 3 auch von den Motiven (III, 346) verstanden zu werden. Danach soll die Bestimmung den Fall treffen, in welchem ein besitzender Nichteigenthümer der Sache mit einem Anderen, den er für den Eigenthümer hält, die Ueberlassung des Eigenthums vereinbart. Der Fall, welcher vorliegt, wenn die körperliche Uebergabe der Sache dadurch ersetzt wird, daß der Erwerber zur Zeit des Vertragschlusses als Inhaber die Gewalt über die Sache hat, würde danach unter die Regel des § 877 fallen. Unter diese Regel fällt auch trotz dem in den Motiven enthaltenen Satze, daß der gute Glaube des Erwerbers nur bei einer körperlichen Uebergabe der Sache den Eigenthumsmangel des Veräußerers decken soll, der im § 804 vorgesehene Fall der Uebergabe durch Anweisung.

Zu Zweifeln gibt die Frage Veranlassung, in welchem Zeitpunkte, wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer war, der gute Glaube des Erwerbers vorhanden gewesen sein muß, damit der Erwerber Eigenthümer werde. Das gemeine Recht verlangt zum Beginne der Ersitzung guten Glauben des Erwerbers im Zeitpunkte der Besitzergreifung. Ist aber ein Kaufvertrag der Ersitzungstitel, so muß der gute Glaube auch schon zur Zeit des Vertragschlusses vorhanden gewesen sein. Nach dem Entwurfe (§ 877) wird der Erwerber Eigenthümer, wenn er „den Umstand, daß der Veräußerer nicht Eigenthümer war", bei dem sich vollziehenden Erwerbe nicht gekannt hat. Eine nach dem Erwerbe erlangte Kenntniß beseitigt den einmal eingetretenen Eigenthumserwerb nicht wieder. In den regelmäßigen Fällen des § 874 wird daher als der Zeitpunkt, in welchem der Erwerb sich vollzieht, der Zeitpunkt des mit der Uebergabe der Sache erfolgten Abschlusses des dinglichen Vertrages anzusehen sein, ohne daß auf den obligatorischen Vertrag, der dem dinglichen Vertrage vorausgehen kann, und auf eine bei dem Abschlusse dieses Vertrages etwa vorhanden gewesene abweichende Ueberzeugung des Erwerbers von dem Eigenthume des Veräußerers Gewicht zu legen ist. Liegen aber die

Erwerbsthatsachen der Zeit nach aus einander, so stellen sich Zweifel heraus. Der Fall tritt bei der bedingten Uebergabe ein. Soll, wenn der Erwerber zwar bei dem Abschlusse des im § 874 bezeichneten Vertrages und der mit demselben verbundenen bedingten Uebergabe den Veräußerer nicht für den Eigenthümer der Sache gehalten hat, zur Zeit der Erfüllung der Bedingung aber der Erwerber guten Grund hat, den Veräußerer für den Eigenthümer anzusehen oder der Eintritt der Bedingung erst nach dem Tode des Erwerbers erfolgt ist und der Erbe nichts davon weiß, daß sein Erblasser die Sache von einem Nichteigenthümer erhalten hat, der Erwerber oder im letzteren Falle der Erbe das Eigenthum erlangen? Man würde die Frage bejahen müssen, wenn man auf den Ausdruck „Nichtkenntniß bei dem sich vollziehenden Erwerbe" das entscheidende Gewicht legt. Gedankenmäßiger möchte es sein, den Zeitpunkt der im Vertragschlusse hervortretenden Willensthätigkeit und der mit dem Vertragschlusse verbundenen Uebergabe als maßgebend anzusehen. Der Entstehung einer neuen Streitfrage aber ist immerhin ausreichend Spielraum gegeben.

In den angegebenen Fällen, in denen die Eigenthumswirkung des mit der Uebergabe der Sache verbundenen dinglichen Vertrages ausgeschlossen ist, kann die Ersitzung wirksam werden. Den gemeinrechtlichen Satz, daß gestohlene Sachen nicht ersessen werden können, hat der Entwurf nicht aufgenommen. Das gemeinrechtliche Erforderniß der res habilis wird überhaupt von ihm beseitigt. Es soll keine von Rechts wegen ersitzungsunfähige bewegliche Sachen mehr geben.

Eine alte Streitfrage betrifft die in dem guten Glauben und in dem Titel bestehenden Erfordernisse der Ersitzung. Nach der lange herrschend gewesenen Auffassung ist der gute Glaube als die Ueberzeugung, Eigenthum erworben zu haben, zu bestimmen, während der Titel der für diese Ueberzeugung erforderliche objektive Rechtfertigungsgrund ist, der regelmäßig in einem an sich, nämlich abgesehen von dem im bestimmten Falle dem Eigenthumserwerbe entgegenstehenden Hindernisse, zum Erwerbe des Eigenthums geeigneten Erwerbsgrunde bestehen soll. Diese Auffassung ist in neuerer Zeit bekämpft worden. Und der Begriff des guten Glaubens, die Bedeutung des Ersitzungstitels und die Bestimmung des Verhältnisses beider Erfordernisse zu einander gehören gegenwärtig wieder zu den bestrittensten Dingen in der Rechtswissenschaft.

Der Begriffsbestimmung des guten Glaubens als der Ueberzeugung, Eigenthum erworben zu haben, ist die gegenübergestellt worden, daß der gute Glaube in der Abwesenheit des Bewußtseins unrechtlichen Erwerbes bestehe (Stintzing). Dazwischen stehen vermittelnde Ansichten. Die Streitfrage hat praktische Bedeutung für den Fall, daß

der Erwerber seinen Erwerb aus einem irrig angenommenen Grunde für unrechtmäßig hält, während der Erwerb aus einem dem Erwerber nicht bekannten Grunde unrechtmäßig ist. Nach der Auffassung, die den guten Glauben in der Abwesenheit des Bewußtseins unredlichen Erwerbes findet, und den ihr nahe kommenden Auffassungen ist in dem angegebenen Falle guter Glaube vorhanden, da der Grund, der den Erwerb unrechtmäßig macht, dem Bewußtsein des Erwerbers fremd ist (Stintzing, Windscheid: „Der Erwerber muß an das Vorhandensein aller der Umstände glauben, ohne welche die Aneignung Unrecht sein würde, und von dem Vorhandensein derjenigen, durch welche sie Unrecht sein würde, nichts wissen"). Nach der anderen Auffassung ist die Ersitzung ausgeschlossen. Der Entwurf bestimmt das in dem guten Glauben bestehende Erforderniß der Ersitzung dahin, daß die Ersitzung als ausgeschlossen angesehen wird, wenn dem Erwerber bei dem Erwerbe des Besitzes bekannt oder nur in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben war, daß er das Eigenthum nicht erwerbe (§ 881). Der Wortlaut ist undeutlich. Wird nicht von dem, der den objektiv unrechtmäßigen Erwerb für unrechtmäßig hält, in allen Fällen gesagt werden können, daß ihm bekannt sei, er erwerbe das Eigenthum nicht, auch wenn der Grund, aus dem er annimmt, er werde nicht Eigenthümer, mit dem objektiven Grunde, aus dem er nicht Eigenthümer werden kann, nicht zusammenfällt? Und doch weist wieder das Wort „bekannt" auf bestimmte Thatsachen, Rechtsvorgänge, Zustände hin, die bekannt oder unbekannt sein müssen, damit diese oder jene Rechtsfolge eintrete. Daraus würde folgen, daß, wenn der Erwerber die Sache von einem falsus procurator in der Meinung, daß der vermeintliche Vertreter zur Veräußerung Auftrag habe, gekauft hat, während er selbst der irrthümlichen Meinung gewesen ist, derjenige, in dessen Namen der falsus procurator aufgetreten, sei nicht Eigenthümer der Sache, die Ersitzung nicht stattfinden könne. Denn dem Erwerber ist die Thatsache, daß der, mit welchem er den Vertrag geschlossen, falsus procurator sei, nicht bekannt gewesen. Es ist ihm also nicht bekannt gewesen, daß er das Eigenthum nicht erwerbe, obwohl er der Ueberzeugung gewesen ist, daß er es nicht erwerbe. Man wird sagen dürfen, daß der Entwurf ein Räthsel aufgibt. Das Räthsel mag sich lösen lassen. Aber zweckmäßiger möchte es sein, wenn der Entwurf in einem nicht mißverständlichen Satze die Lösung selbst als Rechtsnorm hinstellte.

Der gute Glaube muß im Zeitpunkte des Besitzerwerbes vorhanden sein (§ 881, Abs. 2). Damit wird der gemeinrechtliche Satz, daß, wenn ein Kaufvertrag der Ersitzungstitel ist, der gute Glaube schon bei dessen Abschlusse vorhanden gewesen sein müsse, beseitigt und die

Frage, welcher Zeitpunkt bei der bedingten Tradition der maßgebende sei, zum Austrage gebracht. Erlangt der Besitzer in der Folge vor dem Ablaufe der Ersitzungszeit Kenntniß davon, daß ihm das Eigenthum an der Sache nicht zustehe, so wird damit die Ersitzung mit der Wirkung unterbrochen, daß derjenige, der die Kenntniß erlangt hat, eine neue Ersitzung nicht beginnen kann (§ 886). Versäumt der Besitzer nach dem Besitzerwerbe aus grober Fahrlässigkeit die Erlangung der Kenntniß davon, daß ihm das Eigenthum nicht zustehe, so hat dies auf die Ersitzung keinen Einfluß.

Eine ausdrückliche Bestimmung darüber, ob beim Besitzerwerbe durch einen Vertreter der gute Glaube des Vertreters oder des Vertretenen oder beider Ersitzungserforderniß sei, ist im Entwurfe nicht enthalten. Für die Fälle gesetzlicher Vertretung ist die Entscheidung von selbst dahin gegeben, daß der Glaube des Vertreters entscheidet. Bei freiwilliger Vertretung läßt das gemeine Recht die Ersitzung erst in dem Zeitpunkte beginnen, in welchem der Vertretene von der für ihn Seitens des Vertreters vollzogenen Besitzergreifung erfährt. Der Entwurf bestimmt über diese Frage nichts. Aus den allgemeinen Vorschriften über Rechtserwerb und Besitzerwerb durch Vertreter wird aber zu folgern sein, daß mit dem Besitzerwerbe für den Vertretenen ohne Rücksicht auf dessen Kenntniß von der Besitzergreifung auch die Ersitzung des Vertretenen beginnen kann. Dann aber muß aus §§ 117, 118 weiter gefolgert werden, daß der Beginn der Ersitzung ebenso ausgeschlossen ist, wenn dem Vertreter, wie wenn dem Vertretenen bei dem Besitzerwerbe oder wenn dem Vertretenen bei erlangter Kenntniß von dem Seitens des Vertreters erfolgten Besitzerwerbe der gute Glaube gefehlt hat.

Von dem Titel als einem Erfordernisse der Ersitzung ist im Entwurf überall nicht die Rede. Der Titel kann also nur für die Fragen, ob dem Besitzer bekannt gewesen sei, daß er das Eigenthum nicht erwerbe, ob ihm dies in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sei, ob er in der Folge davon Kenntniß erlangt habe, daß ihm das Eigenthum an der Sache nicht zustehe, von Erheblichkeit sein. Damit ist der Kasuistik der römischen Rechtsquellen, welche die verschiedenen Ersitzungstitel betrifft, wie den sich an dieselbe anschließenden Streitfragen die Bedeutung im Wesentlichen genommen.

Von allen Ersitzungstiteln wird nur einer im Entwurf besonders erwähnt. Es ist dies der Titel pro herede (§ 888). Die auf ihn bezügliche Bestimmung soll eine Streitfrage des gemeinen Rechts entscheiden. Es wird nämlich darüber gestritten, ob der Erbschaftsklage gegenüber der Besitzer einer Erbschaftssache sich darauf berufen könne, daß er als vermeintlicher Erbe die Sache die Ersitzungszeit hindurch

besessen habe und dadurch Eigenthümer geworden sei. Die Frage ist hauptsächlich in Folge der Bedeutung, welche ein unter Hadrian ergangener Senatsbeschluß für die alte usucapio pro herede nach Gajus (II 57) erhalten hatte, von vielen Schriftstellern bejaht, von anderen unter abweichender Auffassung der Quellenzeugnisse verneint worden. Der Entwurf entscheidet sich für die Bejahung, für die gewiß Zweckmäßigkeitsgründe sprechen. Allein man muß fragen, ob dem richtigen Rechtsgedanken im § 888 nicht eine allzuweite, über das mit der Rechtsnorm zu erreichende Ziel hinausgehende Ausdehnung gegeben worden ist. Die alte Streitfrage betrifft den Umfang des mit der Erbschaftsklage zu verfolgenden Anspruchs. Und es handelt sich darum, ob der Beklagte, der sich auf die Verjährung der Erbschaftsklage nicht berufen kann, weil die Verjährungsfrist noch nicht abgelaufen ist, mit der Behauptung zu hören ist, daß er die zur Erbschaft gehörigen körperlichen Sachen die Ersitzungszeit hindurch, welche kürzer ist, als die Verjährungszeit, besessen und dadurch das Eigenthum derselben erworben habe. Der Entwurf geht aber weiter. Er läßt eine Ersitzung der Erbschaftssachen gegen den wahren Erben überhaupt nicht wirken. Ich setze den Fall: die Erbschaftsklage ist verjährt, und der Erbe kommt nach abgelaufener Verjährungsfrist in den Besitz von Erbschaftssachen. In diesem Falle würde nach dem Entwurfe derjenige, der die Sachen als Erbe die Ersitzungszeit hindurch unter allen Erfordernissen der Ersitzung besessen hat, trotz verjährter Erbschaftsklage einen Anspruch auf Herausgabe der Sachen nicht haben. Die Entscheidung dieses Falles würde also ähnlich ausfallen, wie die des Falles, welcher vorliegt, wenn die Eigenthumsklage verjährt ist, eine Ersitzung der Sache aber nicht stattgefunden hat und der Eigenthümer nach verjährter Klage in den Besitz der Sache gelangt. Beide Fälle sind aber gerade im Hauptpunkte wesentlich von einander verschieden. In dem ersten Falle liegen alle Erfordernisse der Ersitzung vor. Die Wirkungen der Ersitzung sollen aber insoweit nicht eintreten, als dadurch die Wirksamkeit der Erbschaftsklage beeinträchtigt oder aufgehoben werden könnte. Und man wird, wenn man dem Gedanken, welcher der Ausschließung der Wirkung der Ersitzung gegenüber der Erbschaftsklage zum Grunde liegt, folgen will, die Wirkung der Ersitzung nur insoweit ausschließen können, als die Berufung auf Ersitzung zu einem Vertheidigungsmittel gegen die Erbschaftsklage gemacht wird. — In dem anderen Falle wird davon ausgegangen, daß eine Ersitzung überhaupt nicht stattgefunden habe.

Schlußwort.

In den vom Verfasser besprochenen Streitfragen tritt der alte Gegensatz zwischen deutscher und römischer Rechtsanschauung wenig hervor. Er trifft die Auffassung der Körperschaften und Stiftungen, insofern die Behandlung derselben als einer Art organischer Wesen, die ihrer Natur nach Rechtssubjekte sein und durch Organe ihren Willen kundgeben sollen, von Germanisten vertreten wird. Allein eine Abhängigkeit der einzelnen Normen des Entwurfs von der Frage, ob man sich die in Rede stehenden Rechtssubjekte wie Organismen vorzustellen hat oder nicht, wird nicht anzunehmen sein. Um so weniger, als der Entwurf die Ordnung des Rechtes der Körperschaften und die Aufstellung der gesetzlichen Voraussetzungen, unter denen ein Personenverein zur Körperschaft werden kann, den Landesgesetzen vorbehält. Jener Gegensatz ist also auf diesem Theile des Entwurfs ohne erheblichen Raum zur Bethätigung. Auf den an einigen Stellen der Schrift gestreiften Gebieten des Sachenrechtes unterstehen die Sätze des Entwurfs deutschrechtlichen Anschauungen. Der Erwerb des Eigenthums an beweglichen und an unbeweglichen Sachen, sowie der Erwerb der Rechte an fremder Sache werden von Normen beherrscht, welche auf der Grundlage deutschen Rechtes beruhen. Das in der Schrift nicht berührte Familienrecht und das ebenfalls unerörtert gebliebene Erbrecht stehen gleichermaßen unter deutschrechtlichen Gesichtspunkten. Auf dem Gebiete des Vertragsrechtes und des Rechtes der Schuldverhältnisse ist ein Gegensatz zwischen deutschrechtlichen und römischrechtlichen Anschauungen zwar ebenfalls betreffs einzelner Fragen, wie betreffs der Frage der Voraussetzungen einer Haft für fremde Verschuldung, vorhanden. Allein der Gegensatz hat hier nur geringen Raum zur Bethätigung. Die Grundlage wird auf dem bezeichneten Gebiete immer das römische Recht bleiben müssen. Und es wird sich nur fragen können, inwieweit dasselbe den veränderten Bedürfnissen des Rechtsverkehrs gewichen ist und noch zu weichen hat. Im Uebrigen mag über das richtige Mischungsverhältniß zwischen deutschrechtlichen und römischrechtlichen Bestandtheilen des Rechtes gestritten werden können. Der Gegensatz zwischen dem Germanismus und dem Romanismus scheint aber dem Verfasser einen Hinderungsgrund für die Erhebung des Entwurfs zum Gesetzbuche nicht bilden zu sollen. Der fragliche Gegensatz hat wesentlich dieselbe Bedeutung, wie die alten Streitfragen, die endlich gelöst werden müssen. Und der Entwurf hat den Gegensatz nicht zum Nachtheile des germanischen Rechtes gelöst. Dasselbe herrscht im Entwurfe auf den Gebieten, auf welchen es sich lebend und lebensfähig erhalten hat. Ein Gebiet, auf dem es ebenfalls ungeschwächt

fortlebt, das der Personenvereine, Körperschaften und Genossenschaften, wird vom Entwurfe nur gestreift und im wesentlichen, soweit es nicht schon reichsgesetzlich geregelt ist, der Landesgesetzgebung überlassen.

Der dem Entwurfe vorgeworfene Mangel an Volksthümlichkeit ist unbestreitbar vorhanden. Wie soll aber ein Gesetzbuch heutzutage volksthümlich werden? Man würde gewissen grundlegenden Sätzen durch geschickte Fassung die Möglichkeit verschaffen können, sich zu geflügelten Worten auszubilden, wie dies manchen Sätzen des französischen Gesetzbuchs gelungen ist. Man würde alten noch vorhandenen Rechtsparömien durch Aufnahme in das Gesetzbuch weitere Dauer zu sichern vermögen. Man würde manche Sätze durch einen gewissen Klangreichthum dem Ohre gefälliger, durch geeignete Verwendung von Bildern der Vorstellung und dem Verständnisse zugänglicher machen können. Eine andere, größere Volksthümlichkeit, eine solche, wie sie das alte Recht, von welchem Jakob Grimm sagt, daß es mit der Poesie aus einem Bette aufgestanden sei, gehabt haben mag, wird sich nicht erreichen lassen. Und man muß fragen, ob jene vielleicht erreichbare Volksthümlichkeit ein wirklicher Vorzug des Gesetzbuchs sein würde. Jeder neue Rechtssatz ist das Ergebniß harten Kampfes und strenger geistiger Arbeit. Um wieviel mehr ein Gesetzbuch, in welchem ein Abschluß der geistigen Arbeit, der ein Volk auf dem Gebiete des Rechtes durch eine Reihe von Jahrhunderten sich unterzogen hat, enthalten ist. Hartem Kampfe und strenger Arbeit soll auch das Gesetzbuch dienen. Dem Kampfe der Fortbildung des Rechtes auf der gegebenen Grundlage, der Arbeit des Rechtsuchens und des Rechtfindens durch Anwendung der in ihm enthaltenen Normen. Würde für ein solches Werk, das doch ein Erzeugniß des nüchternsten Verstandes sein muß, wenn es seinen Zweck erfüllen soll, die Volksthümlichkeit in jenen erreichbaren Grenzen eine größere Bedeutung haben, als die eines annehmbaren, aber den wahren Werth nicht wesentlich erhöhenden Beiwerks?

Daß der Entwurf in seiner jetzigen Gestalt als das unter den gegebenen Umständen möglichstbeste Gesetzeswerk nicht angesehen wird und nicht wohl angesehen werden kann, wird ebenfalls kein Grund sein, den Entwurf nicht zum Gesetzbuche zu erheben. Wird das Bedürfniß nach einem einheitlichen deutschen Gesetzbuche als ein unabweisbares empfunden, so muß dem Bedürfnisse mit den Mitteln abgeholfen werden, die gegeben sind. Nicht in der Art, daß ein bestehender guter, wenn auch nicht für ganz Deutschland einheitlicher Rechtszustand mit einem schlechteren vertauscht würde. Wohl aber unter der Voraussetzung, daß das neue Gesetzeswerk geeignet erscheint, seiner Bestimmung dergestalt zu entsprechen, daß durch dasselbe dem Rechtsuchen und dem

Rechtfinden Vortheile erwachsen und für die weitere Rechtsentwickelung eine Grundlage gebildet wird. Die Frage, ob diese Voraussetzungen vorliegen, scheint mir die entscheidende zu sein.

Ein Werk soll, wenn es zum Gebrauche bestimmt wird, die Spuren der Werkstätte, in der es entstanden ist, möglichst wenig an sich tragen. Es soll vom Werkmeister gebrauchsfertig hergestellt sein. Kann man den Entwurf als ein dergestalt gebrauchsfertiges Gesetzeswerk ansehen? Der erste Eindruck, den der Verfasser der Schrift vom Entwurf erhalten hat, ist der, daß die Frage nicht durchweg zu bejahen ist. Dieser Eindruck ist dem Verfasser geblieben und hat sich immer wieder erneuert. Der Entwurf und die ihm beigegebenen Motive zeigen, daß seine Verfasser und Bearbeiter eine große Gedankenarbeit aufgewendet haben, um das Material für Herstellung des Gesetzbuchs zu gewinnen. Sie haben eine Menge edlen Metalls, das während der Rechtsentwickelung der vergangenen Zeiten gefördert worden ist, zusammengetragen. Sie haben den Stoff gesichtet, auch das Metall in gewisse Formen gebracht. Aber ist die Form eine solche, wie sie dem gegebenen Zwecke entspricht? Wie Goldbarren im großen Bankverkehr ihre Bedeutung haben, aber erst in die Münze wandern müssen, um als gemünztes Geld dem Verkehre der Menschen unter einander zu dienen, so müssen Rechtssätze, die sich als das Ergebniß einer langen Rechtsentwickelung auf großem Rechtsgebiete darstellen, erst zu Rechtsnormen ausgeprägt werden, wenn sie im Rechtsverkehr gangbar sein sollen. Und diese Ausprägung lassen die Sätze des Entwurfes häufig vermissen. Es scheint vielfach nicht einmal die Absicht gewesen zu sein, die Rechtsgedanken, welche von den Verfassern des Entwurfes angenommen worden sind, dem Verständniß näher zu bringen, ihnen einen möglichst deutlichen Ausdruck zu geben. Man steht nicht selten geradezu vor einem Räthselspiele. Man sucht nach der Lösung, auf die man endlich durch die Motive hingewiesen wird. Nicht immer in der Art, daß die Motive den richtigen Gedanken, der sich schließlich als derjenige ergibt, von dem die Verfasser des Entwurfes geleitet worden sind, angeben — jener Gedanke ist selbst in den Motiven nicht immer zu unzweideutigem Ausdruck gekommen — aber doch regelmäßig so, daß man mit Hilfe der Motive den Weg findet, um den für die Verfasser des Entwurfes leitend gewesenen Gedanken zu erkennen. An anderer Stelle ist es nicht die geistige Arbeit des Räthsellösens, vor die man gestellt ist. Es ist eine Art Geduld- oder Versteckspiels. Man liest Worte, die man nicht versteht. Das Verständniß erschließt sich allgemach. Aber man hat den Eindruck, als sollten die Worte den Sinn, der in ihnen zu finden ist, verbergen, und fragt sich, aus welchem Grunde der Gedanke nicht in Worte, die alsbald verständlich

sind, gebracht worden ist, da hierzu nur geringe Geistesarbeit erforderlich gewesen wäre. Wieder an anderen Stellen sind die Worte wenigstens mehrdeutig gefaßt. An ein Gesetzbuch wird allerdings nicht die Anforderung zu stellen sein, daß ein Laie in juristischen Dingen durch Nachschlagen sich davon, ob er in einem gegebenen Falle Recht oder nicht Recht hat, überzeugen kann. Aber die Anforderung ist berechtigt, daß ein juristisch geschulter Mann von den geistigen Fähigkeiten, wie sie von einem zur Rechtspflege Berufenen erwartet werden müssen, ohne wesentliche Schwierigkeiten die Normen, nach denen er Recht suchen oder Recht finden soll, zu erkennen in der Lage ist. Dieser Anforderung genügt der Entwurf in seiner jetzigen Gestalt nicht. Wird er mit dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen, dem neuesten auf deutschem Boden entstandenen bürgerlichen Gesetzbuche, verglichen, so fällt der Vergleich in der fraglichen Richtung sehr zum Vortheile dieses letzteren Gesetzbuchs aus.

Sollte der Entwurf in seiner jetzigen Gestalt als Gesetz eingeführt werden, so würde damit für die Zeit, bis die Rechtsprechung die Schwierigkeiten seines Verständnisses überwunden und das Ergebniß dieser Ueberwindung Anerkennung gefunden hätte, eine Rechtsunsicherheit, eine Verminderung des Vertrauens auf Gerichte und Gesetze und, was daneben von geringerem Werthe sein mag, ein erheblicher Verlust an Geld, Zeit und Mühe verbunden sein. Und dies Opfer hält der Verfasser gegenüber der Einheitlichkeit des Rechtes für ein zu großes. Die in Frage stehenden Mängel scheinen dem Verfasser also eine Aenderung des Entwurfes betreffs der Fassung seiner Sätze nothwendig zu erfordern.

Das gleiche zwingende Bedürfniß der Aenderung des Entwurfes nimmt der Verfasser in Ansehung des Gedankeninhaltes der in der Schrift besprochenen und bemängelten Rechtssätze insofern an, als der Entwurf in diesen Sätzen, statt alte Streitfragen in der einen oder anderen der bisher in der Wissenschaft und Rechtsprechung vertretenen Richtungen zu entscheiden oder sich einem der in Deutschland geltenden Rechtssysteme anzuschließen, neues Recht aufstellt und damit experimentiren will. Hierher gehört vor allem der Gedanke eines allgemeinen Klagschutzes für jeden Inhaber (§ 22) und die Grenzbestimmung zwischen wesentlichem und unwesentlichem Irrthume (§ 7).

Hieran reihen sich ihrer Schwere nach die Bedenken, welche den Mangel an Einheitlichkeit des Gedankeninhaltes, die Ueberladung des Entwurfes mit Dingen, die nicht in ein Gesetzbuch gehören, wohl aber in einem Lehrbuche Platz finden mögen, und daneben die vorhandenen Lücken des Entwurfes betreffen.

Eine Beseitigung aller dieser Mängel durch eine Umarbeitung der Fassung des Entwurfes unter Festhaltung des größten Theiles der gewonnenen Ergebnisse, mit Ausscheidung des als nicht verwendbar zu erkennenden Theiles derselben, erscheint dem Verfasser der Schrift als ein wohl ausführbares Unternehmen. Es darf aber wenigstens als ein solches bezeichnet werden, das auf seine Ausführbarkeit durch einen Versuch der Ausführung geprüft werden muß.

Gewiß würde auch ein, wie angedeutet, neugestalteter und geänderter Entwurf nicht allen Anforderungen, die gestellt werden mögen, gerecht werden. Aber man würde ein so verbessertes Gesetzeswerk als geeignet ansehen dürfen, an die Stelle der jetzt in Deutschland geltenden Rechte zu treten und der weiteren Rechtsentwickelung als einheitliche Grundlage zu dienen.

Druck von Leonhard Simion in Berlin SW.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Meischeider, Emil,

Die alten Streitfragen gegenüber dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich

Berlin [u.a.] 1889

J.germ. 1182-1/6
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11633835-6